Die Dienstpflicht der Kinder gegenüber ihren Eltern

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität Marburg

vorgelegt von

ELISABETH PLASSMANN

aus Paderborn

Referendarin in Essen.

Marburg 1930.

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 19. Juli 1930.

Berichterstatter:
Geh. Justizrat Prof. Dr. Manigk.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen Eltern

Gliederung

I. Zusammenhang der Bestimmung des § 1617 BGB.

II. Voraussetzungen der Dienstleistungspflicht:
   a) Zugehörigkeit des Kindes zum elterlichen Hausstand,
   b) Erziehung oder Unterhalt durch die Eltern.

III. Inhalt und Umfang der Dienstpflicht:
   a) Es kommen nur Dienste im Hauswesen und Geschäft der Eltern in Betracht;
   b) Die Dienste müssen den Kräften und der Lebensstellung des Kindes entsprechen.

IV. Schutz des Kindes:
   a) durch die Vorschriften des BGB.,
   b) durch öffentlich-rechtliche Schutzvorschriften.

V. Verwirklichung des Elternrechts auf Dienstleistung und Haftung des Kindes.

VI. Die Möglichkeit von Verträgen über die Dienstleistungspflicht und der daraus folgende Vergütungsanspruch des Kindes. Sonstige Folgen des Vertragsschlusses.

VII. Haftung Dritter bei Beeinträchtigung der Dienstkraft durch Verletzung des Kindes.

VIII. Rechtliche Natur des Anspruchs aus § 1617: er ist unübertragbar, unvererblich und unverjährbar, aber nur zum Teil unverzichtbar.

Literaturverzeichnis

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1896. (RTK).

Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts. I. Abt. Berlin 1885.

Böckel, Zwingendes und nachgiebiges Recht. Handwörterbuch der Rechtswissenschaft von Stier-Somlo, 6. Bd. S. 1139 ff.

Brunner, Deutsche Rechtsgeschichte. I. Bd., 2. Aufl. Leipzig 1906.

Coulin, Entgeltliche Dienstleistungen volljähriger Hauskinder. Arch. f. bürg. R. Bd. 42, S. 376 ff.

Dernburg, Das Bürgerliche Recht. 4. Bd.: Deutsches Familienrecht. Halle 1903.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts. 3. Bd.: Familienrecht und Erbrecht. Halle 1884.

Eltzbacher, Die Handlungsfähigkeit nach deutschem bürgerlichem Recht. I. Bd. Berlin 1903.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Bd., 2. Abt.: Familienrecht. 8. u. 9. Aufl. Berlin 1908.

Ennecerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 2. Abt.: Das Familienrecht. 6. Bearbeitung. Marburg 1928.

Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. 11. Aufl. München 1921.

Fuisting, Die Einkommensbesteuerung der Zukunft. Berlin 1903.

Gimmerthal, Zur väterlichen Gewalt des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 104, S. 388 ff.

Goldmann-Lilienthal-Sternberg, Das Bürgerliche Gesetzbuch. 3. Band: Familienrecht. Berlin 1921.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im BGB. Mannheim 1898.

Harpprecht, De salario pro operis liberorum praestando. Tübingen 1689.

Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts. I. Bd. Mannheim 1928.

Kaskel, Arbeitsrecht. (Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaften, Bd. XXXI.) 2. Aufl. Berlin 1925.

Kipp, Kommentar zum Erbschaftssteuergesetz. Berlin 1927.

Kraut, Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des Deutschen Rechts. 2. Bd. Göttingen 1847.

Krüger in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 28, S. 767 ff.

Kuhlenbeck, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 2. Bd. Berlin 1900.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches. 1. Bd. Leipzig 1902.

Manigk, Willenserklärung und Willensgeschäft. Berlin 1907.

Mirre, Verträge zwischen Eltern und Kindern über die Vergütung von Diensten. Deutsche Steuerzeitung 1922, 841 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Amtliche Ausgabe, Bd. IV, Familienrecht. Berlin 1888.

Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Bd. 6. Aufl. Berlin 1912.

Opet, Das Verwandtschaftsrecht d. Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1899.

Opet-Blume, Das Familienrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. 1. und 2. Abschnitt. Berlin 1906.

Oske, Gewerbliche Kinderarbeit. Diss. Königsberg 1916.
Pissel, Verwandtschafts- oder Dienstverhältnis. Deutsche Steuerzeitung 1925, 42 ff.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, 1. Bd. 4. Aufl. Berlin 1913; 4. Bd. 3. Aufl. Berlin 1906.
Preller, Die Rechtsstellung volljähriger Kinder im Hausstande der Eltern. Diss. Marburg 1913.
Protokolle der Kommission für die Zweite Lesung des Entwurfs des BGB., bearb. von Archilles-Gebhard-Spahn, Bd. IV, Berlin 1897.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Bd., 6. Aufl. Berlin 1928.
von Roth, System des deutschen Privatrechts. 2. Teil: Familienrecht. Tübingen 1881.
Regelsberger, Sicherheit für betagte und bedingte Forderungen. Iherings Jahrb. Bd. 40, S. 451 ff.
Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch. 1. Bd. 4. Aufl. Stuttgart 1929; 2. Bd., 3. Aufl. Stuttgart 1926.
Spahn, Verwandtschaft und Vormundschaft nach dem BGB. Berlin 1901.
Staudingers Kommentar zum BGB., Bd. IV: I. Teil 9. Aufl. München 1925; II. Teil 9. Aufl. München 1926.
Stein-Jonas, Die Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich. 12. u. 13. Aufl. Tübingen 1926.
Strupp, Schadensersatzpflicht bei Verletzung der aus den persönlichen Beziehungen zwischen Eltern und Kindern sich ergebenden Pflichten. Seuff. Blätter f. Rechtsanwendung, Bd. 76, S. 223 ff.
Wegner, Jugendrecht. Berlin 1929.
Weyl, Das deutsche Jugendrecht. Leipzig.
Winscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 3. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Zusammenstellung der Gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Bd. IV. Berlin 1890. (ZG).

———

Die **Judikatur** wurde folgenden Sammlungen und Zeitschriften entnommen:

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ).
Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KGJ).
Die Rechtssprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann (OLG).
Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Bay. Ob. LGZ).
Seufferts Archiv für die Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Seuff. Arch.)
Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs (RFH).
Juristische Wochenschrift (J.W.)
Deutsche Juristenzeitung (D.J.Z.)
„Das Recht".
Puchelts Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (Bay. Z.).
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ostpreußen und Pommern (Pos. Mschr.).
„Das Arbeitsgericht".

I.

Nach § 1617 BGB. ist das Kind verpflichtet, solange es dem elterlichen Hausstand angehört und von den Eltern erzogen oder unterhalten wird, in einer seinen Kräften und seiner Lebensstellung entsprechenden Weise den Eltern in ihrem Hauswesen und Geschäfte Dienste zu leisten.

Bei einer Prüfung der familienrechtlichen Normen des BGB. ergibt sich, daß § 1617 die einzige Bestimmung ist, die sich mit den Pflichten der Kinder ihren Eltern gegenüber befaßt.[1]) Offensichtlich ist der Gesetzgeber von der Tendenz ausgegangen, das Verhältnis zwischen Eltern und Kindern, das ähnlich wie die Ehe seinem Wesen nach sittlicher Natur ist, so wenig wie möglich unter feste rechtliche Normen zu bringen.[2]) Die aus diesen Beziehungen sich ergebenden Pflichten liegen zum überwiegenden Teil auf moralischem Gebiet und lassen sich weder vorschreiben noch erzwingen. Der Gesetzgeber hat daher im Gegensatz zu älteren Rechtsordnungen bewußt darauf verzichtet, Vorschriften allgemeinen Inhalts über das Verhalten der Kinder gegenüber ihren Eltern in das BGB. aufzunehmen.[3]) In § 1617 handelt es sich nicht um eine derartige allgemeine Bestimmung, sondern um die Verpflichtung des Kindes, unter gewissen Voraussetzungen positive Arbeit für seine Eltern zu leisten. Schon hierin zeigt sich der praktische Hintergrund dieser

1) Von der zeitlich begrenzten Pflicht des Kindes, die Einwilligung des Vaters zur Eingehung einer Ehe (§§ 1305 ff.) und die Einwilligung beider Eltern zu einer Adoption (§ 1747) nachzusuchen, kann in diesem Zusammenhang ebenso abgesehen werden wie von dem Unterhaltungsanspruch (§§ 1601, 1606) und dem Intestat- und Pflichtteilsrecht der Eltern (§§ 1925, 2303 II), die auf allgemeiner verwandtschaftlicher Grundlage beruhen.

2) Vgl. hierzu Endemann, a. a. O. S. 4; Strupp a. a. O. S. 223; RTK, S. 143.

3) Die noch im E I (§ 1498) enthaltene Vorschrift, daß das eheliche Kind seinen Eltern kindlichen Gehorsam schuldig sei, hat man aus den erwähnten Gründen fallen lassen. (Mot. IV, S. 713 ff.; Z.G. IV, S. 367 ff.; Prot. IV, S. 537; RTK, IV, S. 143). Im PALR II,2 § 61 hieß es: „Kinder sind beiden Eltern Ehrfurcht und Gehorsam schuldig", im Bayr. LR. I, Cap. 4, § 3 Z 2: „Die Kinder sind ihren Eltern .... zu gebührendem Gehorsam, Ehrfurcht und Dankbarkeit verbunden", in C. civ. Art. 371: „L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère". Vgl. Sächs. GB § 1805; für das gemeine Recht Windscheid-Kipp, a. a. O. § 514, Z. 2; Roth, a. a. O. § 160; ferner Schweiz. Ziv.G.B. Art. 275 I und 271; Östereich. A.B.G.B. § 144.

Vorschrift, und bei einem Blick auf die Verhältnisse des Lebens ergibt sich, daß es der Gesetzgeber mit Rücksicht auf ein tatsächliches wirtschaftliches Bedürfnis für nötig gehalten hat, das Verhältnis der Kinder zu ihren Eltern gerade in diesem Punkte rechtlich zu normieren. In weitesten Kreisen unseres Volkes, namentlich bei den kleineren Landwirten und Handwerkern, ist die Arbeitskraft der hausangehörigen Kinder ein notwendiger Faktor für die wirtschaftliche Existenz der Familie.[4]) Wenn nun die Eltern auch schon kraft des ihnen zustehenden, aus der elterlichen Gewalt entspringenden Sorgerechts berechtigt sind, das Kind im Rahmen der Erziehung und Beaufsichtigung zur Arbeit anzuleiten, so folgt hieraus noch nicht, daß sie die Arbeit ihres Kindes planmäßig für sich ausnützen dürfen.[5]) Diese Lücke wird durch § 1617 ausgefüllt, der also lediglich den Interessen der Eltern dient.

Man könnte allerdings der Meinung sein, das Gesetz hätte sich diese Bestimmung sparen können, weil das Kind durch die natürlichen Beziehungen zu den Eltern von selbst dazu käme, ihnen nach Kräften Dienste zu leisten, ebenso wie es die Eltern in fast allen Fällen als eine Selbstverständlichkeit betrachten, daß sie für ihre Kinder zu sorgen und sie zu erziehen haben. Diese Ansicht, so richtig sie für normale Verhältnisse sein mag, würde dazu führen, die rechtliche Normierung fast aller Familienbeziehungen für überflüssig zu halten. Die Erfahrung zeigt, daß gerade auf diesem Gebiete die Abgrenzung der bestehenden Rechte und Pflichten besonders schwierig ist und leicht zu Streitigkeiten führt. Für die Dienstleistungspflicht der Kinder wird das z. B. bewiesen durch die vielen Meinungsverschiedenheiten, die diese Frage im Gemeinen Recht ausgelöst hat.[6]) Da es aber die Pflicht des Gesetzgebers ist, durch klare Bestimmungen nach Möglichkeit allen Streitigkeiten vorzubeugen und eine sichere Rechtslage zu schaffen, muß er auch die Beziehungen zwischen Eltern und Kind in den praktisch-wichtigen Punkten regeln. Daß es sich bei der Dienstleistungspflicht der Kinder um einen solchen Punkt handelt, kann aus den erwähnten Gründen nicht mehr bezweifelt werden.

II.

a) Die Verpflichtung des Kindes zur Dienstleistung tritt nur unter bestimmten Voraussetzungen ein, als deren erste das Gesetz in § 1617 die Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstande hervorhebt. Unter „Hausstand" ist die Familiengemeinschaft vom Standpunkt des „Hausherrn" aus zu verstehen, die Dritten gegenüber als „häus-

4) Mot. IV, S. 715.
5) Opet-Blume, Anm. I zu § 1617.
6) Vgl. die zusammenfassende Darstellung bei Preller, a. a. O. S. 5 ff.

liche Gemeinschaft" in Erscheinung tritt.[7]) Die Dienstpflicht des Kindes beruht auf der durch die häusliche Gemeinschaft verstärkten und betonten Zugehörigkeit zum Familienverbande.[8])

Ob diese Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstand im einzelnen Fall vorliegt, ist Tatfrage. Im allgemeinen wird das Kind Wohnung und Beköstigung im Elternhaus erhalten, doch kann es auch ohne das eine oder das andere hausangehörig sein. Entscheidend ist, ob „das Kind am häuslichen Leben der Eltern dauernd teilnimmt".[9]) Warum es deshalb im Hausstand der Eltern unbedingt „den Mittelpunkt seiner Lebensbeziehungen" haben muß,[10]) ist nicht ersichtlich, sehr oft wird dieser sich z. B. auf das Berufsleben verschieben.[11]) Im Hinblick auf § 1969 BGB. bezeichnet das OLG. Zweibrücken[12]) als hausangehörig dasjenige Kind, „welches durch dauernde Benutzung der elterlichen Wohnung und des elterlichen Hausrats ein Glied des elterlichen Hauswesens bildet". In dieser Definition ist alles Wesentliche enthalten. Wenn aber Opet[13]) aus § 1969 folgert, daß für den Begriff der Hausangehörigkeit „das Recht, Mitglied im Hauswesen eines andern zu sein", erforderlich sei, so gibt er damit diesem rein tatsächlichen Begriff, der lediglich auf räumlichen und zeitlichen Elementen aufbaut, ein unbegründetes rechtliches Gepräge. Auf den Willen der Beteiligten kommt es nicht an. Ausschlaggebend ist allein das auf eine gewisse Dauer berechnete Zusammenwohnen von Eltern und Kind.[14])

Es ist klar, daß durch vorübergehende Abwesenheit des Kindes aus beruflichen oder sonstigen Gründen die Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstand nicht aufgehoben wird.[15]) Sobald eine solche Trennung aber den Charakter der Dauer annimmt, kann man selbst dann nicht mehr von Hausangehörigkeit sprechen, wenn das Kind nach Möglichkeit seine freie Zeit bei den Eltern zuzubringen pflegt. Es ist zwar denkbar, daß ein hausangehöriges Kind bei den Eltern wohnt, aber außerhalb ißt, — wie z. B. viele Dienstmädchen; auch der umgekehrte Fall ist möglich. Wenn aber ein Kind weder zu Hause wohnt, noch regelmäßig seine Mahlzeiten dort einnimmt, kann man wohl nicht von dauernder Teilnahme am häuslichen Leben der Eltern sprechen. Deshalb zählt der berühmte Einjährig-Freiwillige, der immer noch in den Kommentaren sein Leben fristet,

---

7) §§ 617, 618, 1567, 2028 BGB.
8) Opet-Blume, Anm. I und IIa.
9) Opet-Blume, Anm. IIa.
10) Dernburg, Bürg. Recht, § 71 III; so auch RGRK, Anm. I zu § 1617; Staudinger, Anm. 2a zu § 1617.
11) Preller, S. 17.
12) Urteil vom 14. 7. 1902, mitgeteilt in Puchelts Zeitschr. f. Dt. Bürg. Recht, Bd. 33, S. 679.
13) a. a. O. S. 126.
14) Eltzbacher, a. a. O. S. 208, 227 ff.
15) Opet-Blume, Anm. II zu § 1356.

ebensowenig zum elterlichen Hausstand wie die moderneren Gestalten der Wochenend-Gäste, die mit Hilfe einer Sonntagsfahrkarte in kurzer Unterbrechung ihres Studiums oder Berufs dem Elternhause öfters Besuche abstatten.[16]) In solchen und ähnlich liegenden Fällen würde die Konstruktion der Hausangehörigkeit übrigens auch wenig praktischen Wert haben, da die Dienste der Kinder bei kurzen und unregelmäßigen Aufenthalten im Hause der Eltern kaum hoch anzuschlagen sind. Daß die Hausangehörigkeit durch Zwangserziehung aufgehoben wird,[17]) erscheint selbstverständlich.

Das Elternrecht auf Dienstleistung ist seinem Wesen nach von der elterlichen Gewalt unabhängig. Es ist deshalb gleichgültig, ob das Kind noch minderjährig ist oder nicht, ob es ledig oder verheiratet ist und welche Lebensstellung es überhaupt einnimmt. Ferner kommt nicht in Betracht, ob das Kind den Eltern für die Teilnahme am gemeinschaftlichen Hausstand eine Vergütung entrichtet.[18]) Das Kind kann auch in diesem Falle hausangehörig sein, ebenso wie es dem Hausstand den Eltern nicht anzugehören braucht, obwohl es seinen Unterhalt von ihnen bezieht. Der Gesetzgeber hat es bewußt vermieden, das Wesen der Hausangehörigkeit mit Unterhaltsfragen in Zusammenhang zu bringen und hat so von vorneherein all den Streitigkeiten vorgebeugt, die der Begriff der separata oeconomia im Gemeinen Recht verursacht hat.[19])

Daß der „elterliche Hausstand" nicht notwendig beide Eltern zu umfassen braucht, ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt; es ist aber kein vernünftiger Grund zu ersehen, weshalb sich die Stellung des Kindes verändern sollte, wenn ein Elternteil durch Tod oder aus sonstigen Gründen aus dem Hausstand ausgeschieden ist.[20]) Opet[21]) weist in diesem Zusammenhange auf die Bestimmung des § 1705 hin, wonach das uneheliche Kind seiner Mutter gegenüber die rechtliche Stellung eines ehelichen Kindes hat und ihr daher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen dienstpflichtig ist.[22])

Zu betonen ist noch, daß § 1617, obwohl er im Interesse der Eltern geschaffen ist, ihnen kein Recht gibt, das Kind zur Dienstleistung im Elternhause zurückzuhalten. Die Dienstpflicht ist nur

---

16) Vgl. Lotmar, a. a. O. S. 658; Opet-Blume, Anm. IIa; Preller S. 18; a. A.: Staudinger, Anm. 2a zu § 1617; Opet, a. a. O. S. 127; Goldmann-Lilienthal, a. a. O. S. 238 Anm. 15. Besonders weit geht Spahn, a. a. O. S. 66.
17) Bayr. Ob. LG, 19. I. 1912, Bay. OLG. Z 13, 21 ff.
18) Staudinger, Anm. 2a; Dernburg, Bürg. R. § 71, A 3; siehe auch das S. 11 Anm. 12 angegebene Urteil des OLG. Zweibrücken.
19) Mot. IV, S. 728; Opet S. 126.
20) Siehe Staudinger, Anm. 2a.
21) a. a. O. S. 128.
22) Nimmt dagegen der uneheliche Vater das Kind in sein Haus auf, so steht ihm dieses Recht nicht zu, — eine bedauerliche Folge der mangelnden Verwandtschaft! Im PALR. findet sich ein interessanter Versuch, die Stellung der Pflegekinder in dieser Hinsicht zu regeln. Nachdem schon

eine Folge der Hausangehörigkeit, und „ob das Kind im Elternhause zu bleiben hat, bestimmt sich ausschließlich nach den Interessen des Kindes".[23])

b) Die Dienstleistungspflicht des hausangehörigen Kindes tritt nur unter der Bedingung ein, daß es von den Eltern erzogen oder unterhalten wird.

Die Erziehungsgewalt der Eltern ist ein Teil der ihnen gemäß § 1631 obliegenden Sorge für die Person des Kindes. Als ihren Inhalt bezeichnen die Motive[24]) „die Pflicht und das Recht, in einer dem Interesse, den Fähigkeiten und Anlagen, sowie den sonstigen Verhältnissen des Kindes entsprechenden Weise für die körperliche, geistige und insbesondere auch sittliche Ausbildung des Kindes zu sorgen, dasselbe zu einem bestimmten Lebensberufe fähig zu machen und zur Erreichung dieser Ziele überhaupt die Handlungen des Kindes zu leiten." Es liegt also ganz im Rahmen des Erziehungszweckes, daß die Eltern das Kind, den gegebenen Verhältnissen entsprechend, zur Arbeit anleiten.[25]) Ob das Kind etwa aus eigenem Vermögen unterhalten wird oder sogar die bedürftigen Eltern selbst unterhält, ist daher in diesem Falle unbeachtlich.

Die Dienstpflicht auf Grund der Erziehung endet normalerweise mit der Volljährigkeit oder Volljährigkeitserklärung. Sie kann aber schon früher aufhören, wenn nämlich beiden Eltern gemäß § 1666 I das Erziehungsrecht entzogen worden ist oder wenn sie die elterliche Gewalt verwirkt haben (§ 1680). Eine Dienstpflicht kommt auch nicht in Frage, wenn die elterliche Gewalt des Vaters oder der Mutter ruht (§§ 1676 I, 1677, 1686).[26]) Das Erziehungsrecht kann ferner, obwohl es formell solange besteht wie die elterliche Gewalt, seinem Zweck entsprechend schon früher endigen, wenn auf Seiten des Kindes kein Erziehungsbedürfnis mehr besteht;[27]) in diesem

---

im PALR. II,2 § 753 den Pflegeeltern ausdrücklich die persönlichen Rechte natürlicher Eltern zugestanden werden, bestimmt II,2 § 764 ff. noch, daß Kinder gemeiner oder unbekannter Herkunft den Pflegeeltern nach Zurücklegung des 14. Jahres soviele Jahre ohne Lohn dienen sollen, als sie verpflegt wurden. Diese Bestimmung wurde jedoch später nicht mehr durchgeführt, da man sie als veraltet betrachtete. S. Dernburg, PPR. 3, § 64.

23) Bay.Ob.LG. 26. 4. 1912. OLG. 26, 244.

24) IV, 750.

25) Mot. IV, S. 715 ff.; Staudinger Anm. 2b.

26) Ist der Vater (oder die Mutter) in der Geschäftsfähigkeit beschränkt oder hat er nach § 1910 I einen Pfleger für seine Person und sein Vermögen erhalten, so ruht zwar seine elterliche Gewalt, aber die Sorge für die Person des Kindes steht ihm neben dem gesetzlichen Vertreter zu (§ 1676 II). Demnach hat er in diesem Falle auch ein Recht auf die Dienste des Kindes. Vgl. Goldmann-Lilienthal, S. 238, Anm. 20; Planck, a. a. O. Anm. 1b.

27) Mot. IV, S. 750; Staudinger Anm. 5b zu § 1631. a. A.: Goldmann-Lilienthal, S. 258 Anm. 13; Gimmerthal, a. a. O. S. 393. Vgl. § 1901.

Falle muß man auch die Beendigung des elterlichen Dienstrechts annehmen, falls nicht das Kind von den Eltern unterhalten wird. Andererseits wird die Erziehung, insbesondere in der Form der Vorbereitung zu einem Lebensberufe, sehr häufig von den Eltern auch nach Erreichung der Volljährigkeit in ausdrücklichem oder stillschweigendem Einvernehmen mit dem Kinde fortgesetzt.[28]) Die herrschende Meinung läßt nun zwar die Dienstpflicht auf Grund der Erziehung stets mit der Erziehungsgewalt enden[29]) und kann sich dabei auf die Fassung des ersten Entwurfs zum BGB. berufen.[30]) Aber ganz abgesehen davon, daß der Ausdruck des § 1617 „erzogen wird" auch den in Frage stehenden Fall umfaßt, wäre es offenbar unbillig und der ratio legis nicht entsprechend, den Eltern das Dienstrecht abzusprechen, wenn sie aus besonderen Gründen die Erziehung noch länger leiten, als es an sich ihre Pflicht wäre.[31])

Wird das hausangehörige Kind nicht oder nicht mehr von seinen Eltern erzogen, so tritt die Dienstleistungspflicht nur ein, wenn es von ihnen unterhalten wird. Ob der Unterhalt in natura oder in Geld bestritten wird, ist gleichgültig. Ebenso macht es nichts aus, ob die Eltern ihn ganz oder nur teilweise gewähren, es sei denn, daß dieser Teil verhältnismäßig sehr klein ist: in diesem Falle würde die Dienstleistungspflicht nicht angemessen sein, denn sie soll nach dem Willen des Gesetzes den Ausdruck der familienrechtlichen Abhängigkeit des von den Eltern unterhaltenen Kindes bilden.[32]) Aus diesem Grunde wird hier auch kein Unterschied gemacht zwischen volljährigen und minderjährigen Kindern und damit einer alten Streitfrage des Gemeinen Rechts ein Ende gesetzt.[33]) Es bleibt sogar unberücksichtigt, ob die Eltern zum Unterhalt verpflichtet sind (§§ 1601 ff.) oder ob sie ihn dem vermögenden Kinde freiwillig gewähren. An sich könnte die Dienstpflicht in dem letzteren Falle unbegründet erscheinen, da solche Kinder nicht mehr von ihren Eltern abhängig sind. Der Gesetzgeber hat ihnen aus praktischen Gründen keine Sonderstellung eingeräumt, indem er auf die Schwierigkeit hinweist, im Einzelfall festzustellen, ob eine Unterhaltspflicht der Eltern dem volljährigen Kinde gegenüber be-

---

28) Vgl. das Urteil des Pr.OVG. v. 17. 4. 1902, mitgeteilt bei Fuisting, a. a. O., S. 84.
29) Vgl. z. B. Staudinger, Anm. 2b zu § 1617; Opet, S. 129.
30) E I § 1499: . . . „unter deren Erziehungsgewalt steht" . . .
31) Vgl. Preller, S. 19 ff.
32) Mot. IV, S. 715.
33) Im Bayr. LR. und im PALR. hate man diesen Unterschied schon fallen lassen. Im Bayr. LR. I, Cap. 4, § 3 Z. 2 heißt es: „Dagegen sind die Kinder ihren Eltern, solange sie den Unterhalt von ihnen genießen, zu gewöhnlicher und anständiger Dienstleistung verbunden . . .", im PALR. II,2 § 254: „Kinder, die nach aufgehobener väterlicher Gewalt von den Eltern noch ernährt werden müssen, sind alsdann auch verbunden, den Eltern in deren Wirtschaft und Gewerbe nach ihren Kräften behülflich zu sein."

steht oder nicht. Zudem stehe es ja jederzeit in der Macht wirtschaftlich selbständiger Kinder, durch Zahlung einer Unterhaltsvergütung oder durch Ausscheiden aus dem elterlichen Hausstand ihrer Dienstpflicht ein Ende zu machen.[34]) Diese Erwägungen müssen u. a. als zutreffend bezeichnet werden,[35]) zumal derartige Unterscheidungen auch dem Wesen des elterlichen Dienstrechts widersprechen würden. Das Recht auf die Dienste des hausangehörigen Kindes gehört, ähnlich wie die fortgesetzte Gütergemeinschaft, zu den letzten Ausläufern der im deutschen Recht so hochbedeutsamen Hausgemeinschaft,[36]) die alle Hausgenossen der Munt des Hausherrn unterwarf. Innerhalb der durch die Voraussetzung der Erziehung oder Unterhaltsgewährung gesetzten Schranken soll die Dienstpflicht daher nur auf dem Kindschaftsverhältnis und der Tatsache der Hausangehörigkeit beruhen und alle hausangehörigen Kinder ohne Unterschied treffen.

III.

Opet[37]) definiert die nach § 1617 geschuldeten Dienste als „Leistungen, die das Kind mittels der ihm innewohnenden körperlichen und geistigen Fähigkeiten verrichten kann". Geldleistungen sind hierunter also nicht zu verstehen; um Mißverständnissen gerade in dieser Hinsicht vorzubeugen, wurde in der Reichstagskommission der Antrag abgelehnt, den Ausdruck „Dienste zu leisten" durch den Ausdruck „unterstützen" zu ersetzen.[38]) Im übrigen können aber Dienste jeder Art in Betracht kommen. Ob sie notwendig sind und ob sie vielleicht von einer anderen Person besser verrichtet werden könnten, ist gleichgültig.[39]) Das Kind ist, wenn es darauf ankommt, auch zu ungewöhnlichen Diensten, wie etwa Krankenpflege, verpflichtet.[40]) Doch kommen immer nur Dienste im Hauswesen und Geschäft der Eltern in Frage. Eine örtliche Beschränkung braucht hiernach zwar nicht eintreten, da insbesondere das elterliche Geschäft oder Gewerbe oft nicht an bestimmte Räumlichkeiten gebunden ist. Man muß sich aber hüten, den Begriff ausdehnend zu interpretieren und etwa jede Dienstleistung im Interesse des Hauswesens oder Geschäfts darunter zu fassen.[41])

Die Eltern dürfen die Dienste ihrer Kinder Dritten nicht über-

34) Mot. IV, S. 715, 713 f.
35) RG 25. 2. 1910, „Recht" 1910, Nr. 1594. Fuisting, S. 87 rechnet nur die unterhaltsberechtigten Kinder hierher. Diese Ansicht ist wohl auf seine ungenaue Fragestellung zurückzuführen; siehe Preller, S. 23 f.
36) Endemann, a. a. O. S. 2 ff.; Brunner, a. a. O. § 12.
37) a. a. O., S. 129.
38) RTK, S. 144.
39) Bay.Ob.LG. 23. I. 1902, Bay. OLGZ. 3, 47 ff.
40) RGRK Anm. 3 zu § 1617.
41) Coulin, a. a. O. S. 377.

lassen.[42]) Daraus folgt auch, daß ein Kind, dessen Vater oder Mutter als Angestellte eines Dritten wirtschaftlich unselbständig sind, überhaupt nicht verpflichtet ist, ihnen bei ihrer Erwerbstätigkeit hilfreiche Hand zu leisten.[43]) Die Dienste würden in diesem Falle nur mittelbar den Eltern, unmittelbar dagegen einem Dritten zugute kommen. Die Absicht des Gesetzes geht aber nur dahin, die Dienstkraft des Kindes dem eigenen Betriebe der Eltern zu sichern.[44]) Eine ganz andere Frage ist es, ob die Eltern im Einzelfalle berechtigt sind, aus erzieherischen Gründen die Dienste des Kindes einem Dritten zu überlassen, wie es z. B. geschieht, wenn Kinder in die Lehre gegeben werden. Auch das Recht der Eltern, arbeitsfähige Kinder zu entsprechenden Arbeiten außerhalb des elterlichen Hauswesens anzuhalten, damit sie ihren Unterhalt nach Möglichkeit selbst verdienen,[45]) steht keineswegs in Widerspruch zu dem erwähnten Grundsatz, weil es nicht aus § 1617, sondern aus § 1602 I folgt.

Der Wortlaut des § 1617 macht keinen Unterschied zwischen Diensten niederer und höherer Art. Trotzdem wird nur noch vereinzelt die Ansicht verteten, daß die Dienstpflicht begrifflich auch Tätigkeiten höherer Art wie Prozeßführung oder ärztliche Behandlung umfaßt.[46]) Die herschende Meinung beschränkt die Verpflichtung in zutreffender Weise auf Dienste rein häuslicher oder wirtschaftlicher Natur und schließt die erwähnten Tätigkeiten aus.[47]) Wenn es auch z. B. in Medizinerkreisen der Standesgewohnheit entspricht, Angehörige unentgeltlich zu behandelt, so würde eine Rechtspflicht in dieser Hinsicht dem modernen Rechtsgefühl nicht mehr entsprechen.

Eine weitere Schranke der Dienstpflicht stellt das Gesetz selbst durch die Bestimmung auf, daß die Dienste den Kräften und der Lebensstellung des Kindes entsprechen müssen. Die körperlichen und geistigen Kräfte des Kindes bilden einen relativ sicheren Maßstab, wobei zu betonen ist, daß die Schul- und Berufsausbildung jedenfalls vorgeht.[48]) Über die Lebensstellung des Kindes kann man im Zweifel sein, wenn es sich in der Vorbereitung zu einem Berufe befindet, der eine andere soziale Stellung als die der Eltern bedingt. Ob das Berufsziel erreicht wird, ist noch unbestimmt; trotzdem hat das Kind des Arbeiters, das ein Gymnasium oder die Universität besucht, schon eine andere Lebensstellung als seine Eltern. Es er-

42) Prot. IV, S. 537 ff.
43) Vgl. übrigens auch § 613 BGB.! Dagegen sind z. B. Kinder offener Handelsgesellschafter zu Dienstleistungen im elterlichen Geschäft verpflichtet. Hueck-Nipperdey, a. a. O., S. 44; RG. 7. VII. 1905, J.W. 1905, S. 502, 30.
44) Prot. IV, S. 537 ff., 541. Vgl. Endemann, S. 539 Anm. 27. Preller, S. 25.
45) Bay.Ob.LG., 23. I. 1902, Bay. OLGZ. 3, 47 ff.; Prot. IV, S. 539 f.
46) Diese Meinung vertritt z. B. Goldmann-Lilienthal, S. 239 Anm. 24.
47) Coulin, S. 377 ff.; Staudinger, Anm. 3a; RGRK, Anm. 3 zu § 1617.
48) Vgl. PALR II,2 § 122.

scheint deshalb nicht richtig, daß Opet[49]), teils aus ethischen Gründen und wegen der Unsicherheit der Entscheidung, die Lebensstellung der Eltern allein entscheiden lassen will. Andererseits kann diese aber auch während der Zeit, in der das Kind sich erst eine neue Lebensstellung erarbeitet, nicht ganz unberücksichtigt bleiben.[50]) Ein vernünftiger Mittelweg wird sich stets finden lassen.[51]) Der Übergang von der angestammten zu der erstrebten Lebensstellung ist jedenfalls kein plötzlicher, und mag im Anfang der Ausbildung noch die soziale Stellung der Eltern den überwiegenden Einfluß ausüben, so verschiebt sich dieses Verhältnis mit der Annäherung an das Berufsziel in steigendem Maße zugunsten der neuen Lebensstellung. Von einem Quartaner können die Eltern noch erwarten, daß er ihnen in ihrem Kramladen beim Bedienen der Kunden hilft, — von einem Studenten nicht mehr!

IV.

a) Der wirksamste Schutz des Kindes gegen die Gefahr der Überanstrengung und Ausbeutung liegt in der in § 1617 enthaltenen inhaltlichen Begrenzung der Verpflichtung: Wenn die Dienste wirklich den Kräften und der Lebensstellung des Kindes entsprechen und nur im elterlichen Hauswesen und Geschäft in Anspruch genommen werden, so ist ein Mißbrauch nicht denkbar.

Werden die Schranken des Dienstrechts von den Eltern nicht beachtet, so bietet das Gesetz in § 1666 eine weitere Handhabe zum Schutze des Kindes, sofern es noch minderjährig ist. Diese Vorschrift beruht auf dem sozialen Grundgedanken des ganzen Familienrechts, daß alle aus dem Familienverhältnis herrührenden Rechte nur zur Fürsorge und zum Schutze anvertraut werden,[52]) und daß derjenige, der sich dieser Aufgabe unwürdig oder unfähig zeigt, seiner Rechte verlustig geht. Im Zusammenhang mit § 1617 tritt dieser Gedanke besonders klar hervor. Das Recht auf die Dienste der Kinder ist, wenn es auch im Rahmen des Erziehungszweckes liegt, an sich ein eigennütziges Elternrecht, das in erster Linie wirtschaftlichen Erwägungen entspringt; trotzdem findet es seine unbedingte Schranke an dem Wohl des Kindes. In der übermäßigen oder ungeeigneten Ausnutzung der kindlichen Arbeitskraft kann sehr wohl ein Mißbrauch der Sorge für die Person des Kindes liegen[53]) und sein geistiges und leibliches Wohl gefährdet werden. In diesem Falle ist es Pflicht des Vormundschaftsrichters, „die zur Abwendung der

---

49) a. a. O., S. 130.
50) So bei Staudinger, Anm. 3b zu § 1617.
51) Enneccerus, a. a. O. § 76 III 2.
52) Endemann, S. 7 ff.
53) KG 10. XI. 1902, OLG. 6, 288 ff.; KG 18. I. 1904, OLG. 10, 1 ff.; Bay.Ob. LG. 28. 7. 1917; Bay.Ob.LGZ. 18, 159 ff.; Staudinger, Anm. B 1 zu § 1666.

Gefahr erforderlichen Maßregeln zu treffen" (§ 1666 I Satz 1). Es steht ihm eine ganze Reihe von Maßnahmen zu Gebote. Er kann die Eltern einfach verwarnen, kann ihnen das Recht der Sorge für die Person des Kindes ganz oder teilweise entziehen, kann Schutzaufsicht bestellen[54]) oder Familien- oder Anstaltserziehung anordnen (§ 1666 I, Satz 2). Wenn diese „Zwangserziehung" gemäß § 1666 mangels passender Unterbringungsmöglichkeiten praktisch nicht durchführbar ist, das Kind aber zur Verhütung der Verwahrlosung aus seiner bisherigen Umgebung entfernt werden muß, kann auch die Fürsorgeerziehung nach dem JWG. (§§ 62—76) angeordnet werden.[55]) Bei Mißbrauch der kindlichen Arbeitskraft werden allerdings meistens weniger einschneidende Maßnahmen genügen. Die Ausübung des Dienstrechts wird dem Gewalthaber ja schon unmöglich gemacht, wenn ihm das Erziehungsrecht oder das Recht, den Aufenthalt des Kindes zu bestimmen,[56]) entzogen wird, weil dadurch die gesetzlichen Voraussetzungen der Dienstpflicht fortfallen. Der Vormundschaftsrichter darf jedenfalls in die Rechte der Eltern stets nur insoweit eingreifen, als das Wohl des Kindes es wirklich erfordert.[57]) Den Eintritt der Schädigung selbst braucht er aber im Interesse des Kindes nicht abzuwarten.[58])

Volljährigen Kindern gegenüber greifen diese Schutzvorschriften nicht ein.[59]) Der Gesetzgeber hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß es hier eines besonderen Schutzes nicht bedürfe, da volljährige Kinder es in der Hand hätten, sich durch Vertrag eine Vergütung für ihre Dienste zu sichern oder, falls sie wirtschaftlich selbständig wären, das Elternhaus zu verlassen.[60]) Das letztere stimmt natürlich. Wenn ein Kind ausreichendes Einkommen hat, kann es für seine Person die Dienstpflicht übrigens auch dadurch ausschließen, daß es auf eigene Kosten im Elternhaus lebt. Viel schwieriger ist die Lage volljähriger unvermögender Kinder. Nicht alle Eltern sind einsichtig genug oder auch nur in der Lage, entgeltliche Dienstverträge mit ihren Kindern zu schließen. Die Vorschrift des § 1612 II, wonach das Vormundschaftsgericht „aus besonderen Gründen" die Be-

---

54) Allg. Verf. d. Preuß. Justizmin. v. 18. II. 1918, JMBl. 1918, S. 50 ff.; JWG. § 56 ff.
55) Vgl. Weyl, a. a. O. S. 31 f.
56) OLG. Hamburg 23. II. 1914, OLG. 30, 64.
57) KG 23. I. 1907; KGJ. 33 A, S. 17; Bay.Ob.LG. 21. 12. 1912; Bay.Ob.LGZ. 13, S. 741 ff.; Bay.Ob.LG. 26. 4. 1912; Bay.Ob.LGZ. 13, S. 264 ff.; Bay.Ob. LG. 6. 10. 1916; „Recht" 1916, Nr. 2111.
58) S. Enneccerus, § 83 Anm. 10; Staudinger Anm. A2 zu § 1666, beide mit ausgiebigem Judikaturnachweis.
59) Falls sie unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehen, finden die §§ 1800, 1837, 1897, 1901, 1915 Anwendung.
60) Mot. IV, 716. Der Antrag, evt. auch Minderjährigen vom 16. Lebensjahr ab die Möglichkeit zu geben, ohne die Zustimmung der Eltern den elterlichen Hausstand zu verlassen, wurde abgelehnt. Prot. IV, 537 ff.

stimmung der Eltern über die Art der Unterhaltsgewährung ändern, also auch in eine außerhalb des Hauses zu gewährende Geldrente umwandeln kann, steht aber für alle die Fälle nur auf dem Papier, wo wegen der Besonderheit des elterlichen Betriebes überhaupt nur Unterhalt in natura gegeben werden kann, also z. B. in kleinbäuerlichen Verhältnissen. Hier bleibt dem Kinde bei übermäßigen Anforderungen der Eltern kein anderes Mittel als der umständliche Weg über ein negatives Feststellungsurteil gemäß § 256 ZPO.[61])

Ein weiterer Schutz aller Kinder, die im Hauswesen oder Geschäft der Eltern arbeiten, ergibt sich aus den Fürsorgevorschriften des Dienstvertragsrechts. Denn obwohl die Verpflichtung des Kindes gesetzlicher und nicht vertraglicher Natur ist, ist von diesen Bestimmungen jedenfalls § 618 anwendbar, wonach die Eltern verpflichtet sind, für die Erhaltung der Gesundheit und der Arbeitskraft ihrer Kinder durch Sicherung geeigneter Arbeits- und Lebensverhältnisse Sorge zu tragen. Wollte man diese Bestimmung nicht analog anwenden, so würden die eignen Kinder schlechter gestellt sein als Dienstboten.[62])

b) Neben den privatrechtlichen Schutzbestimmungen stehen die Vorschriften des öffentlichen Rechts, die im Interesse der Allgemeinheit die Kinderarbeit einschränken. Da sie sich zum Teil auch auf eigene Kinder erstrecken, greifen sie in weitgehendem Maße in das elterliche Dienstrecht ein[63]) und müssen daher hier Erwähnung finden. In Betracht kommen zunächst die §§ 42b, Abs. 5, 134i ff. Gew.O., wonach für größere Betriebe die Arbeit von Kindern unter 13 Jahren und von volksschulpflichtigen Kindern, sowie ganz allgemein das öffentliche Feilbieten von Gegenständen durch Kinder verboten ist und außerdem Vorschriften über Pausen und Freizeit gegeben werden.[64])

Von großer Bedeutung ist das Reichsgesetz betr. Kinderarbeit in gewerblichen Betrieben vom 30. VII. 1903[65]) in der Fassung vom 31. VII. 1925[66]). Eine ganze Reihe von gefährlichen und anstrengenden Beschäftigungen ist hiernach für alle Kinder verboten (§§ 4,12). Doch haben die eigenen Kinder des Arbeitgebers eine erheblich ungünstigere Stellung als fremde. Für eine Anzahl von Arbeiten ist ihr Schutzalter von 12 auf 10 Jahre herabgesetzt, und die Vorschriften über Arbeitszeit und Pausen sind viel weniger straff (§ 13); eigene Kinder dürfen ohne jeden Schutz zum Austragen von Waren

---

61) Preller S. 39—40.
62) Hachenburg, a. a. O. S. 4 ff.; Opet-Blume Anm. V. zu § 1617.
63) OLG. Hamburg 29. IX. 1900, DJZ. 1901, S. 564.
64) Vgl. auch §§ 60b, 62 III, 120 c Gew.O.
65) RGBl. 1903, S. 113 ff.
66) RGBl. 1925 I, S. 162 f.

und sonstigen Botengängen für die Eltern (z. B. Zeitungsaustragen) benutzt werden (§ 17 II).[67]) Ferner braucht ihre Beschäftigung nicht angezeigt zu werden,wodurch auch die für fremde Kinder notwendige Arbeitskarte (§ 11) fortfällt. Man glaubte, daß die Eltern selbst ihre Kinder vor Schädigungen schützen würden, aber die Erfahrung bestätigt diese Annahme nicht stets. In Verhältnissen, wo die gewerbliche Mitarbeit eigener Kinder aus wirtschaftlichen Gründen notwendig ist, fehlt den Eltern meistens nicht nur die hierzu notwendige pädagogische und hygienische Einsicht, es fehlen vor allem die Mittel.

Wenn eigene Kinder für Dritte beschäftigt werden (z. B. Kegeljungen), so werden sie zwar grundsätzlich wie fremde behandelt und genießen den entsprechenden umfangreicheren Schutz (§ 17 I)[68]); hiervon wird aber in § 3 III eine wichtige Ausnahme gemacht: Kinder, die im Hause der Eltern für Dritte beschäftigt werden, genießen nur den Schutz eigener Kinder. Diese Einschränkung ist schon deswegen unverständlich, weil Heimarbeit gar nicht immer unter der Aufsicht der Eltern vor sich geht, was der Gesetzgeber offensichtlich voraussetzt. Bekanntlich ist die Ausbeutung der kindlichen Arbeitskraft, seit sie aus den Fabriken verdrängt worden ist, in der Heimindustrie am schlimmsten.[79]) Es war deshalb verhängnisvoll, durch eine derartige Vorschrift der Kinderarbeit in diesem Erwerbszweig Vorschub zu leisten.[70]) Eine Besserung der Lage trat erst durch das Hausarbeitsgesetz von 1911 ein,[71]) das weitgehende Vorschriften im Interesse der Gesundheit der Heimarbeiter enthält. Nach § 6 kann für Jugendliche unter 16 Jahren die Dauer der Arbeitszeit vorgeschrieben werden. Ferner kann die Beschäftigung von fremden und eigenen Kindern in der Hausindustrie über die Vorschriften der §§ 5 I, 13 I, II des Kinderschutzgesetzes hinaus von der Vollendung eines höheren Lebensalters abhängig gemacht oder ganz verboten werden, falls die Rücksicht auf Gesundheit und Sittlichkeit der Kinder dies erfordert.

Zu erwähnen ist noch, daß die Vorschriften über Kinderschutz Schutzgesetze im Sinne des § 823 II sind.[72]) Bei schuldhafter Übertretung kann also eine Schadensersatzpflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern eintreten.

---

67) Vgl. Wegner, a. a. O. S. 130; Weyl, S. 43 ff.

68) Vgl. oben unter III.

69) Oske, a. a. O. S. 132 ff.

70) Oske S. 139 ff. bringt nähere Ausführungen über diese und andere Mängel, die das Gesetz, — vor allem durch seine beispiellos verklausulierte und schwer verständliche Fassung, — in der Praxis aufgewiesen hat.

71) Neue Fassung vom 30. VI. 1923, RGBl. I, S. 472 ff.

72) So bezüglich § 135 Gew.O. RG. 6. XI. 1922, RGZ. 105, 336 ff., bezgl. §§ 5—7 Kinderschutzges. RG. 24. III. 1914; JW. 1914, 644, 6.

Die landwirtschaftliche und hauswirtschaftliche Kinderarbeit ist von Seiten des Staates überhaupt noch nicht geschützt. Nur die Normal-Unfallverhütungsvorschriften der landwirtschaftlichen Berufsgenossenschaften enthalten die Bestimmung, das Kinder unter einem gewissen, jeweils festzusetzenden Alter nicht an landwirtschaftlichen Maschinen beschäftigt werden dürfen.[73]) Gerade die Beschäftigungen in der Landwirtschaft und Hauswirtschaft werden prozentual wohl am meisten im Rahmen des § 1617 ausgeübt. Daß sie des öffentlich-rechtlichen Schutzes bedürfen, kann besonders von der landwirtschaftlichen Kinderarbeit nicht bezweifelt werden. Das vorbildliche österreichische Kinderschutzgesetz vom 19. XII. 1918[74]) unterstellt beide Beschäftigungsarten ebenso wie die gewerbliche Kinderarbeit einem wirksamen Schutz. Die Stellung der eigenen Kinder ist der der fremden sehr angenähert. Die fortschrittliche Gesinnung des Gesetzes zeigt sich auch in der interessanten Bestimmung, daß öffentliche Mittel zur Bekämpfung der die Kinderarbeit verursachende Not bereitgestellt werden sollen. Falls diese Bestimmung in die Praxis umgesetzt wird, muß sie sich sehr segensreich auswirken, da nicht böser Wille, sondern Armut und Unkenntnis die schlimmsten Feinde des Kinderschutzes sind. Jeder Fortschritt auf diesem Gebiet kann in sozialer Hinsicht nur von Vorteil sein, da die Kinderarbeit stets lohnsenkend auf die Arbeitslöhne Erwachsener wirkt und deshalb bei all den Schäden, die sie hervorruft, in den meisten Fällen, nicht einmal eine wirkliche Vermehrung des Familieneinkommens nach sich zieht.[75])

V.

Trotz aller Schranken des privaten und öffentlichen Rechts bleibt immer noch ein weiterer Spielraum für die Dienstpflicht des Kindes. Im einzelnen Falle tritt die konkrete Verpflichtung zu bestimmten Leistungen durch ausdrückliche oder stillschweigende Aufforderung seitens der Eltern ein, also durch ein einseitiges rechtsgestaltendes Gebot.[76]) Bei der Erfüllung der ihm hiernach obliegenden Verpflichtung haftet das Kind, da das Gesetz keine Sonderbestimmung trifft, nach der allgemeinen Vorschrift des § 276 für jede Fahrlässigkeit.[77]) Diese strenge Haftung erscheint besonders deshalb unbegreiflich, weil nach §§ 1359, 1664 die Haftung sowohl

---

73) In Hessen-Nassau z. B. nicht unter 14 Jahren (Teil I, Nr. 45 der Unfallverhutungsvorschriften der Hess. Nass. Landw. Berufsgenossensch. zu Kassel). Siehe auch Teil II Nr. 19 u. 27, Teil IV Nr. 3 der Vorschriften. Vgl. Kaskel, a. a. O. S. 201.
74) Oesterr. Staatsgesetzblatt Nr. 141.
75) Vgl. Oske, S. 10 f.
76) Enneccerus § 76 III,3; Opet S. 130 f.
77) Staudinger, Anm. 3c zu § 1607; Enneccerus, § 76 III,3.

der Ehegatten bei der Erfüllung ihrer gegenseitigen Verpflichtungen als auch des Vaters (eventl. der Mutter, § 1686) bei der Ausübung der elterlichen Gewalt auf diligentia quam in suis beschränkt ist. Es ist beinahe zu vermuten, daß der Gesetzgeber diesen Punkt übersehen hat.

Was das Kind bei gesetzlich geschuldeten Dienstleistungen erwirbt, wird Eigentum desjenigen Elternteils, der durch Erziehung oder Unterhaltsgewährung dienstberechtigt ist.[78]) Gewöhnlich sind beide Eltern dienstberechtigt;[79]) dann entscheidet über den Eigentumserwerb das eheliche Güterrecht;[80]) falls das Kind bei der Erfüllung der Dienstpflicht nicht gemäß § 164 unmittelbar für die Eltern erwirbt, ist es ihnen zur Herausgabe verpflichtet.[81])

Weigert sich ein Kind, seiner Dienstpflicht nachzukommen, so kann es von den Eltern, falls die Erziehungsgewalt noch fortbesteht[82]), durch „angemessene Zuchtmittel" dazu angehalten werden (§ 1631 II, Satz I). Dieser Druck kann noch dadurch verschärft werden, daß das Vormundschaftsgericht den Vater auf seinen Antrag durch „Anwendung geeigneter Zuchtmittel" zu unterstützen hat (§ 1631 II, Satz 2), z. B. durch Verwarnung des Kindes oder Zuhilfenahme der Polizei bei widerspenstigen und entlaufenen Kindern.[83])

Ist die Erziehungsgewalt der Eltern beendet, so fällt die Möglichkeit direkten Zwanges fort. Die Eltern können aber gegen Kinder, die auf Grund von Unterhaltsgewährung noch dienstpflichtig sind, eine Leistungsklage erheben.[84]) Das hierauf ergehende Urteil ist allerdings nicht vollstreckbar. Selbst wenn es sich um Dienste handelt, die an sich von einem Dritten vorgenommen werden könnten, schließt der familienrechtliche Charakter des Anspruchs die Anwendung des § 887 ZPO. aus,[85]) denn die Dienstpflicht ist ebenso wie das Dienstrecht höchstpersönlicher Natur. Auch die Zwangsmittel des § 888 ZPO. kommen nicht in Frage, weil man die nach § 1617 geschuldeten Dienste den aus Dienstvertrag geschuldeten,

---

78) Planck, Anm. 6; Staudinger, Anm. 7 zu § 1617; Mot. IV, 716, 729; Vgl. PALR II,2 § 123.
79) Bei Dienstrecht auf Grund von Erziehung hat allerdings der Vater das Vorrecht (vgl. Opet-Blume, Anm. III zu 1617), — eine eigentümlich anmutende, aber leider unumgängliche Folge von § 1634, Satz 2!
80) RGRK Anm. 2 zu § 1617.
81) Staudinger, Anm. 7 zu § 1617. Mot. IV, 716. — Der Entgelt für Arbeit bei Dritten wird dagegen freies Vermögen des Kindes. § 1651 I Nr. 1; Prot. IV, 541. Er kann aber von den Eltern in erster Linie zum Unterhalt des Kindes verwandt werden (§ 1602 II). Vgl. PALR. II,2 §§ 148, 161.
82) Vgl. oben IIb.
83) Staudinger, Anm. I, 2 d zu § 1631; KG. 24. VII. 1900, OLG. I, 368; KG. 1. VIII. 1912, DJZ. 1913, 356 f.; KG. 12. V: 1916, „Recht" 1916, Nr. 1152.
84) Enneccerus, § 76 III,5; Staudinger, Anm. 4 zu § 1617; Strupp a. a. O. S. 224.
85) Preller, S. 37.

für die ein Erfüllungszwang nach Abs. II ausdrücklich versagt ist, unbedingt gleichstellen muß.[86]) Die gegenteilige Entscheidung würde dem Sinn der Vorschrift nicht entsprechen. Trotzdem ist ein derartiges Urteil keineswegs wertlos. Es bietet eine sichere Grundlage für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen.[87]) Wenn der Gesetzgeber hier den Erfüllungszwang versagt, so beruht das nur auf dem Gedanken, daß erzwungene Dienste dem Dienstberechtigten kaum von Nutzen sein werden; keineswegs soll es bedeuten, daß der Dienstpflichtige sich dadurch endgültig seiner Verpflichtung entziehen könnte. In § 893 ZPO. wird daher ausdrücklich dem Gläubiger das Recht vorbehalten, die Leistung des Interesses zu verlangen.[88]) Wann dieses Recht besteht, ergibt sich aus den allgemeinen Vorschriften des bürgerlichen Rechts.[89])

Das Dienstrecht der Eltern ist hiernach keineswegs theoretischer Natur, es hat vielmehr eine große praktische Bedeutung. Wenn die direkte Verwirklichung des Anspruchs durch Erfüllungszwang auch nicht immer möglich ist, so bietet sich doch für die Eltern in der Schadensersatzpflicht des pflichtsäumigen Kindes eine Art indirekter Verwirklichung und damit ein nahezu vollwertiger Ersatz.

VI.

a) Nach § 1617 ist das Kind zu Dienstleistungen im Hauswesen und Geschäft der Eltern gesetzlich verpflichtet. Es kann kein Zweifel darüber bestehen, daß hiermit eine unentgeltliche Verpflichtung gemeint ist. Die Unentgeltlichkeit war im ersten Entwurf noch eigens hervorgehoben,[90]) die Redaktions-Kommission hat das Wort als „selbstverständlich" gestrichen.[91]) Für die große Mehrzahl der Fälle handelt es sich hier auch tatsächlich um eine Selbstverständlichkeit, denn die Dienste des Kindes stellen sich dem gesunden Empfinden als eine natürliche Gegenleistung für die Erziehung oder den Unterhalt dar, den das Kind im Elternhause empfängt. Es wäre wenig wünschenswert, diesen Beziehungen geschäftlichen Charakter zu geben.[92]) Man würde dadurch der wirtschaftlichen Einheit der Familie, die immer noch in gewissem Umfang besteht und auch starke ethische Bindungen auslöst, einen ganz entscheidenden Stoß zugunsten der auseinanderstrebenden Kräfte des Individualismus

86) Strupp, S. 224; Staudinger, Anm. 4 zu § 1617.
87) Hierzu Strupp, S. 223 ff. Vgl. § 1297 — §§ 1298 ff. BGB.!
88) Für die entsprechende Klage ist in den Fällen der §§ 883—892 ZPO das Prozeßgericht erster Instanz ausschließl. zuständig (§§ 893, II, 802 ZPO).
89) § 283 BGB.; vgl. auch §§ 280, 286 BGB; Stein-Jonas, a. a. O., Anm. I zu 893; RG. 15. VI. 1903; Seuff. Arch. 58, Nr. 429.
90) E I, § 1499.
91) Prot. IV, 537; E II § 1512.
92) Coulin, S. 377 erinnert in diesem Zusammenhang passend an die „gefürchteten Apothekerrechnungen"!

versetzen. Diese Gefahr hat der Gesetzgeber vermieden: für die im Rahmen des § 1617 geleisteten Dienste kann das Kind keine Vergütung beanspruchen,[93]) und was es hierbei erwirbt, wird Eigentum der Eltern. Der von den Eltern gewährte Unterhalt erscheint rechtlich nicht etwa als Gegenleistung für die Dienste, vielmehr ist die Dienstpflicht eine Folge der Unterhaltsgewährung.[94])

Diese Folgerungen aus der Unentgeltlichkeit der Dienstpflicht erscheinen demnach zunächst ganz naturgemäß und zweckentsprechend. Trotzdem liegt gerade hier der Ausgangspunkt für schwere Unbilligkeiten, die in manchen Fällen die Wohltat in Plage verwandeln können. Das Verhältnis zwischen Eltern und Kind kann sich nämlich im Laufe der Jahre so verschieben, daß nicht mehr ein wechselseitiges Geben und Nehmen vorliegt, sondern daß praktisch das Kind der allein gebende Teil ist. Es kommt sehr häufig vor, daß erwachsene Kinder, anstatt sich außerhalb des Hauses selbständig zu machen, bei ihren alternden Eltern bleiben, um sie in ihrer Wirtschaft zu unterstützen oder um ihnen die Leitung des Hauswesens, der Landwirtschaft oder des Geschäfts ganz abzunehmen. Diese Kinder werden zwar selbstverständlich von den Eltern unterhalten, aber der Unterhalt fällt gegenüber ihrer Arbeitsleistung tatsächlich kaum ins Gewicht. Trotzdem sind sie von der unentgeltlichen Dienstpflicht keineswegs ausgenommen. Es liegen ja sämtliche Voraussetzungen des § 1617 vor, um Dienste höherer Art wird es sich meistens nicht handeln, und daß die Tätigkeit den Kräften und der Lebensstellung der erwachsenen Kinder nicht entspräche, wird gerade hier kaum vorkommen. Der Grundsatz des Gesetzes, zwischen volljährigen und minderjährigen Kindern hinsichtlich der Dienstpflicht keinen Unterschied zu machen, hat also neben unbestreitbaren Vorzügen[95]) auch einen großen Nachteil. Das Schweizerische Zivilgesetzbuch bestimmt in Art. 334, daß mündige Kinder, die ihren Eltern im gemeinsamen Haushalte ihre Arbeit zugewandt haben, hierfür mangels ausdrücklichen Verzichts durch Anschlußpfändung oder im Konkurse gegenüber dem Vater oder der Mutter eine Forderung geltend machen können, über deren Bestand und Höhe eventuell das richterliche Ermessen entscheidet. Diese Regelung darf unbedingt als vorbildlich bezeichnet werden. Sie läßt die Pflichten des Kindes ganz unberührt,[96]) sichert ihm aber von der

93) Staudinger, Anm. 6; Planck, Anm. 5; Neumann, a. a. O., Anm. 2; Fischer-Henle, a.a.O., Anm. 5 zu § 1617; Goldmann-Lilienthal, S. 239; Opet, S. 131.

94) RG. 18. V. 1920; RGZ. 99, 113 f. — Wenn die geschiedene Ehefrau ins Elternhaus zurückkehrt, dort Dienste leistet und von den Eltern unterhalten wird, so stellt das keinen Arbeitserwerb i. S. von § 1578 I dar. Der allein für schuldig erklärte Mann hat ihr deshalb weiter den standesmäßigen Unterhalt zu gewähren. RG. 7. XI. 1907, RGZ. 67, 56 ff.; RG. 10. VII. 1911, JW. 1911, 810, 16.

95) Siehe oben II b.

96) Vgl. Art. 271 Schweiz. Ziv. GB.

Mündigkeit, d.h. vom 20. Lebensjahre[97]) ab, einen angemessenen Entgelt für häusliche Dienste.

b) Nach unserem Recht kann eine derartige Sicherung nur dadurch erreicht werden, daß das Kind einen Dienstvertrag mit seinen Eltern abschließt.[98]) Die Möglichkeit solcher Verträge ist im Gegensatz zum Römischen Recht in Deutschland gewohnheitsrechtlich schon früher meistens anerkannt worden und wird jetzt wohl kaum mehr bestritten.[99]) Nur Opet[100]) und Kuhlenbeck[101]) wollen aus Lohnversprechungen der Eltern keinen klagbaren Anspruch, sondern höchstens eine Naturalverpflichtung entstehen lassen, da die Dienstpflicht auf gesetzlicher Grundlage beruhe und daher nicht noch einmal Gegenstand vertraglicher Verpflichtungen sein könne. Diese Ansicht ist schon von Lotmar treffend widerlegt worden. Mit Recht weist dieser[102]) darauf hin, daß das Bestehen der gesetzlichen Dienstpflicht in den Fällen von § 1356 und § 1617 der Eingehung eines entgeltlichen Vertrages über die Arbeitsleistung nicht entgegenstehe, da nur „rechtlich verbotene, nicht auch rechtlich gebotene Leistungen ... von der Aufnahme in einen Arbeitsvertrag ausgeschlossen" sind.[103]) Die gesetzliche Dienstpflicht bleibt hier im Prinzip ebenso unberührt wie in dem umgekehrten Falle, wo das Kind, — etwa als Inhaber eines Handelsgeschäftes, — seinen in dem Geschäfte angestellten Eltern schuldrechtlich übergeordnet ist.[104]) Andererseits kann neben die Dienstpflicht aus § 1617 auch z.B. durch einen zwischen Vater und Sohn abgeschlossenen Lehrvertrag[105]) eine neue Quelle von Dienstpflichten des Kindes treten.

Opet[106]) wendet ein, daß die Annahme eines Vertrages dem Kinde die Möglichkeit geben würde, bei wesentlicher Verschlech-

---

97) Art. 14 Schweiz. Ziv.GB.

98) Ist das Kind noch minderjährig, so kann es von dem Gewalthaber gemäß § 113 zum selbständigen Abschluß eines solchen Vertrages ermächtigt werden. Der Fall des § 181 liegt dann nicht vor. Vgl. Kipp, a.a.O. S. 226, Anm. 165; Lotmar, S. 258.

99) Mot. IV, 716; RGRK. Anm. 3; Planck Anm. 5; Opet-Blume, Anm. VI; Neumann, Note 2 zu § 1617; Dernburg, Bürg. Recht, § 71, Anm. 6. Vgl. für das gemeine Recht z.B.:Kraut, a.a.O., S. 629; OAG. Darmstadt, Seuff. Arch. I, Nr. 353; OAG. Kassel, 26. IV. 1851, Seuff. Arch. 7, 195; OAG. Wiesbaden, 30. XI. 1858, Seuff. Arch. 17, 255; OAG. Oldenburg, 23. VI. 1860, Seuff.. Arch. 14, 44; OAG. Rostock, 9. V. 1870, Seuff. Arch. 27, Nr. 38; OG. Wolfenbüttel, 13. VI. 1873, Seuff. A. 28, 139; OAG. Berlin, 19. II. 1873, Seuff. Arch. 28, 139; RG., 1. VI. 1886, RGZ. 16, 113 ff.

100) a.a.O., S. 131 ff.

101) a.a.O., Anm. 6 zu § 1617.

102) a.a.O., S. 257 ff.

103) S. 257 Anm. 3; zustimmend auch Hueck-Nipperdey, S. 44.

104) Endemann, § 192, 5 d.

105) Vgl. §§ 126 ff. Gew.O. Statt eines schriftlichen Lehrvertrages ist hier nur Anzeige bei der Handwerkskammer erforderlich (§ 126 b, Abs. 3 Satz 2 Gew.O.).

106) a.a.O., S. 132.

terung der elterlichen Vermögensverhältnisse nach § 321 seine Dienste bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Dieses Bedenken ist jedenfalls unbegründet. § 321 ist nur für solche vertraglich vereinbarten Dienste anwendbar, die über das in § 1617 festgelegte Maß hinausgehen; werden die Dienste dagegen nicht nur aus Vertrag, sondern schon primär aus gesetzlicher Verpflichtung geschuldet, so bleibt für die Norm des § 321 praktisch kein Raum.[107]) Trotzdem kann auch in diesem Falle ein regelrechter gegenseitiger Vertrag vorliegen, bei dem nur aus besonderen Gründen dem Kinde nicht alle Vorteile seiner vertraglichen Stellung eingeräumt werden können. Die herrschende Meinung nimmt allerdings an, daß jede von den Eltern versprochene oder gewährte Gegenleistung für gesetzlich geschuldete Dienste ihrer Kinder unter den Begriff der Schenkung fällt.[108]) Das beruht aber auf einer Verkennung der tatsächlichen Grundlagen dieses Versprechens. Natürlich ist es durchaus möglich, daß im einzelnen Falle nichts anderes damit beabsichtigt ist als eine Art renumeratorischer Schenkung, bei der die Bezeichnung „Vergütung für Dienstleistungen" eben nur auf das Motiv der Zuwendung hinweist. Das elterliche Versprechen braucht diese Bedeutung aber keineswegs zu haben. Es kann vielmehr vollkommen ohne die Absicht einer unentgeltlichen Zuwendung und nur im Hinblick auf die konkreten Leistungen abgegeben werden, für die das Kind durch die vertragliche Übernahme einen neuen, von der gesetzlichen Dienstpflicht unabhängigen Verpflichtungsgrund geschaffen hat.[109]) Ganz offensichtlich bedingen sich in einem solchen Falle die Leistungspflichten gegenseitig, denn die eine Zusage wird nur um der andern willen gemacht.[110]) Wollte man hier keinen gegenseitigen Vertrag annehmen, so käme man zu dem seltsamen Ergebnis, daß die Eltern ohne Rücksicht auf die erwarteten Dienstleistungen an ihr einseitiges Versprechen gebunden wären, also hier z. B. nicht gemäß § 320 die Zahlung verweigern könnten, bis das Kind der übernommenen Verpflichtung nachgekommen ist.[111]) Bei Annahme einer Schenkung würde übrigens auch das Versprechen in den meisten Fällen mangels der im § 518 vorgeschriebenen Form nichtig sein.

---

107) Goldmann-Lilienthal, S. 240, Anm. 33; Lotmar, S. 258, Anm. 3.

108) Staudinger, Anm. 6 zu § 1617; vgl. Anm. 6 zu § 1356; Kipp, a. a. O. S. 225 f., Anm. 165; offenbar auch OLG. Posen, 6. VII. 1914, Pos. Mschr. 1914, 106. a. A.: Soergel, a. a. O. zu § 1617.

109) Vgl. Regelsberger, a. a. O., S. 464—65 über den Doppelzweck der stipulatio, und die bei Lotmar, S. 257 Anm. 3 angeführten Beispiele aus dem modernen Recht: der gesetzliche Anspruch auf Kinderlohn schließt z. B. die Eingehung eines Vertrages über die Kinderarbeit nicht aus.

110) Soergel, Vorbem. 1 zu § 320. Natürlich ist es denkbar, daß ein solcher Vertrag nur zum Schein eingegangen wird und deshalb nichtig ist (§ 117). Vgl. § 31 Nr. 2 KO. und § 3 Nr. 2 Anf. Ges.

111) So Preller, S. 30.

Die praktische Unbrauchbarkeit der Annahme einer Schenkung in solchen Fällen zeigt sich noch in weiteren Punkten. Es herrscht allgemein Einigkeit darüber, daß die Normen über den Dienstvertrag Anwendung finden müssen, sobald sich das Kind zu Leistungen verpflichtet, die nicht mehr unter § 1617 fallen.[112]) Wo die Dienstpflicht nach § 1617 nun aber tatsächlich aufhört, wird im Einzelfall kaum festzustellen sein. Das Gesetz gibt allerdings feste Anhaltspunkte, aber der Begriff der kindlichen Lebensstellung z. B. hängt ebenso wie der Inhalt und die Intensität der zu erwartenden Arbeitsleistungen in weitgehendem Maße von der subjektiven Einstellung der Beteiligten ab. Zutreffend führt daher das Reichsgericht[113]) für den analogen Fall der im Geschäfte des Mannes mitarbeitenden Ehefrau aus: „Bei der Frage, ob und in welchem Umfange die Frau in einem gegebenen Falle zu Dienstleistungen für das Geschäft ihres Mannes verpflichtet ist, handelt es sich um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse, die dem subjektiven Ermessen weitgehenden Spielraum läßt, und ihre Beantwortung ist in erster Linie Sache der beiden Eheleute selbst. Sind sie darüber einverstanden, daß die Frau für gewisse Dienste ein Entgelt vom Manne erhalten solle, so kommt damit zum Ausdruck, daß der letztere insoweit eine Verpflichtung der Frau im Sinne von § 1356 II BGB. nicht für gegeben erachtet und deshalb eine unentgeltliche Leistung der Dienste nicht in Anspruch nehmen will. Hierdurch wird für die vom Manne der Frau gewährte oder versprochene Vergütung der Charakter als Schenkung ausgeschlossen, und sie kann ihn auch nicht dadurch erlangen, daß etwa später in einem Prozesse der Richter die Meinung gewinnt, der Mann habe bei jener Einigung der Ehegatten der Dienstleistungspflicht der Frau zu enge Grenzen gesteckt." Ausdrücklich wird hier betont, daß die objektiven Maßstäbe des Gesetzes den Verhältnissen jedes Einzelfalles durch das subjektive Ermessen der Beteiligten angepaßt werden müssen. Glauben diese, daß eine Verpflichtung zu bestimmten Diensten nicht vorliegt, so kann die hierfür gewährte Vergütung auf keinen Fall als Schenkung betrachtet werden.[114]) Es ist also schon aus diesem Grunde empfehlenswert, nur nach dem im Inhalt des Vertrages festgelegten Parteiwillen zu entscheiden, ob Schenkung oder Dienstvergütung vorliegt, und dabei zunächst unberücksichtigt zu lassen, ob die Dienste schon nach

112) Staudinger, Anm. 6, Opet, S. 133. Coulin, S. 380 nimmt an, daß die Vergütung für Dienste höherer Art, die doch gerade nach seinen Ausführungen nicht unter § 1617 fallen, unter Umständen zur Ausgleichung auf den Pflichtteil zu bringen sei oder auf den Pflichtteil oder Erbteil verrechnet werden könnte. Hierin liegt ein Widerspruch zu dem vorher (S. 378) von ihm aufgestellten richtigen Grundsatz, daß auf solche Dienste die allgemeinen Regeln über den Dienstvertrag Anwendung finden. Siehe Enneccerus, § 76 Anm. 2.

113) Entsch. v. 8. X. 1906, RGZ. 64, 323 ff.

114) Vgl. Mirre a. a. O. 841 f.

§ 1617 geschuldet werden. Nur so ergibt sich ein fester Ausgangspunkt für Vergütungsansprüche. Was in dieser Hinsicht für die Ehefrau gilt, gilt auch für die Kinder. Das OLG. Kolmar erklärt in der Entscheidung vom 14. VII. 1911,[115]) daß Entgeltzusagen an Hauskinder keine Schenkung enthalten, — was allerdings nur mit der Einschränkung zutrifft, daß sie jedenfalls keine Schenkung zu enthalten brauchen. Selbst wenn man in der Vergütung für gesetzlich geschuldete Dienste objektiv eine Bereicherung des Kindes erblicken will, wird also zum Begriff der Schenkung in den weitaus meisten Fällen das subjektive Schenkungsbewußtsein fehlen. Das Reichsgericht[116]) führt hierzu richtig aus, daß die renumeratorische Schenkung rechtlich wie eine gewöhnliche Schenkung zu behandeln sei und daher auf beiden Seiten Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung herrschen müsse. Die Entscheidung fährt fort: „Haben dagegen die geleisteten Dienste auf der einen Seite das Gefühl eines wirklichen Anspruchs hervorgerufen, wird das Geleistete in der Anahme gegeben oder genommen, daß dadurch die Schuld abgetragen, die Dienste bezahlt werden sollen, so liegt keine Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung und deshalb keine Schenkung vor." Das muß auch für den Fall gelten, wo für ursprünglich unentgeltlich geleistete Dienste erst nachträglich eine Vergütung zugesagt wird, „wenn und soweit der ernstliche Wille der Beteiligten auf Dienstentschädigung, nicht auf Schenkung im Hinblick auf empfangene Dienste gerichtet war."[117]) Diese Entscheidung ist noch dahin zu erweitern, daß das Versprechen selbst dann nicht zur Schenkung wird, wenn zwar bei einer Partei die Absicht unentgeltlicher Zuwendung, bei der andern aber die begründete Annahme einer Dienstentschädigung vorliegt.[118]) An diesem Grundsatz, der sich zwar aus § 516 I ohne weiteres ergibt, aber trotzdem häufig nicht genügend beachtet wird, hat das Reichsgericht in ständiger Praxis festgehalten.[119])

c) Unabhängig von dieser Frage steht jedenfalls fest, daß das hausangehörige Kind nur auf dem Umweg über einen Vertrag mit den Eltern zu einem Entgelt für geleistete Dienste kommen kann.[120]) Solche Verträge werden aber im praktischen Leben nur selten in

---

115) DJZ. 1912, 760.
116) Entscheidung v. 7. II. 1919, RGZ. 94, 322 ff.
117) RFH. 20. XII. 1921, RFH. 8, S. 146 ff.
118) RG. 10. I. 1911, RGZ. 75, 325 ff.
119) Vgl. z. B. RG. 22. 11. 1909, RGZ. 72, 188 ff.; RG. 30. 6. 1910, RGZ. 74, 139 ff.; RG. 11. 11. 1910, JW. 1911, 94, 16; RG. 13. 11. 1916, JW. 1917, 103, 5.
120) So auch schon die herrschende Meinung in der gemeinrechtlichen Praxis. Vgl. z. B. OAG. Celle 19. 4. 1837, Seuff. Arch. 1, Nr. 354; OAG. Celle 30. 12. 1853, Seuff. Arch. 7, Nr. 196; OAG. Lübeck 31. 1. 1843, Seuff. Arch. 9, Nr. 174; OAG. Rostock, 12. 9. 1859, Seuff. Arch. 17, 256; OG. Wolfenbüttel, 20. 6. 1865, Seuff. A. 21, 47.

ausdrücklicher Form geschlossen. Der Grund liegt vor allem in dem nahen Verwandtschaftsverhältnis zwischen Eltern und Kind; ferner wirkt der Umstand mit, daß das im Elternhause unterhaltene Kind im allgemeinen kaum auf feste Geldbezüge angewiesen ist, da ihm alles Lebensnotwendige unentgeltlich gewährt wird. Wenn aber ein erwachsenes Kind seine Arbeitskraft ganz oder zum großen Teil dem elterlichen Hauswesen oder Geschäfte widmet, so wird man wohl nur selten annehmen können, daß es hierfür außer dem Unterhalt gar keine Entschädigung erwartet. Meistens wird schon der Gedanke an die unversorgte Zukunft solche uneigennützigen Absichten verhindern. Eine zweite Frage ist allerdings, ob solche allgemeine Erwartungen auf Seiten der Eltern in irgendeiner Form eine Zusage ausgelöst haben. Von einem stillschweigend abgeschlossenen Dienstvertrag kann nur dann die Rede sein, wenn Eltern und Kind künftige Entgeltlichkeit der Dienstleistungen beabsichtigen und sich diesen Willen, wenn auch nur durch konkludente Handlungen, gegenseitig bekannt gemacht haben.[121]) Im Zweifel gilt dann gemäß § 612 II der übliche Lohn als vereinbart.

Ob ein stillschweigend abgeschlossener Dienstvertrag vorliegt, ist im einzelnen Falle oft schwer zu sagen. Es gibt zwar Tatsachen, die einen Vertragsschluß zum mindesten sehr wahrscheinlich machen. Sie können aber als konkludente Willenserklärung nur dann gelten, wenn aus ihnen den Umständen entsprechend die Absicht der Beteiligten erkenntlich wird, „ein Zeichen zur Erklärung ihres Willens“[122]) zu geben. Deshalb können diese Tatsachen immer nur Beweismittel, niemals für sich allein Beweisgrund sein. Die Theorie des Gemeinen Rechts neigte vielfach dazu, einen Lohnanspruch ohne weiteres anzunehmen, wenn z. B. durch die Leistungen des Kindes eine fremde Hilfskraft im elterlichen Betriebe erspart worden war.[123]) Nach der Regelung des BGB. gibt ein solcher Umstand allein dem Kinde zweifellos noch keinen Anspruch auf Vergütung. Er legt aber die Vermutung nahe, daß ein Entgelt vertraglich vorgesehen ist und ist aus diesem Grunde immer noch von erheblicher praktischer Bedeutung. In diesem Sinne ist nach dem

---

121) Vgl. Manigk, a. a. O., S. 228, 285 ff.

122) Manigk, S. 198 f., 205 ff.

123) Kraut, S. 639 f.; a. A.: Beseler, a. a. O. 558. Bei Harpprecht a. a. O. S. 15 findet sich folgendes interessante Responsum der Fakultät Tübingen vom 20. III. 1660: „Dannehero auch der Sohn / ob er gleich / als ein Knecht / dem Vatter operas geleistet / kein mercedem fordern kann; sonderlich / weil der Vatter den Sohn nicht allein mit Speiss und Tranck versehen; und das Handwerck gelehret; sondern auch nothwendige Kleider verschaffet. Bene tamen, si operae ab illis praestititae magnae, considerabiles, quotidianae et talis sint, ut illi vices ancillae vel famuli in familia Patris egerint; ne videlicet Liberis in tali casu denegetur, quod famulis debetur; quorum vices illi gerunt.“ — Man sieht hieraus, wie alt diese Streitfrage schon ist!

RGR. Kommentar[124]) eine stillschweigend vereinbarte Vergütung anzunehmen, „wenn die Dienste unter erheblicher Schmälerung der Verdienstmöglichkeiten des Kindes in so großem Umfange in Anspruch genommen werden, daß die Leistung der Dienste ohne Vergütung nicht gewollt sein kann." Das ist besonders dann der Fall, wenn das Kind freiwillig Dienste leistet, die seiner Lebensstellung nicht entsprechen.[125]) Kipp[126]) erklärt ferner mit Recht, daß es darauf ankäme, ob nach Lage des Falles ein Ausscheiden des Kindes aus dem elterlichen Hausstande in Frage käme, denn wenn ein Kind, das sich sein Brot anderswo verdienen könnte, gegen Vergütung im elterlichen Hause Dienste nähme, so sei von Schenkung nicht die Rede. —

Die teilweise so unbefriedigenden Ergebnisse der Judikatur in bezug auf den Vergütungsanspruch von Hauskindern beruhen zum größeren Teil darauf, daß neben der Feststellung der gesetzlichen Dienstleistungspflicht die Möglichkeit oder sogar Wahrscheinlichkeit eines stillschweigend abgeschlossenen Vertrages nicht gebührend ins Auge gefaßt wird. Typisch dafür ist aus früherer Zeit z. B. folgender Satz eines Urteils des Reichsgerichts aus dem Jahre 1881, von der stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung könne „nicht die Rede sein, wenn ein Sohn, nachdem er in die Lage gekommen, außerhalb des elterlichen Hauses sein Fortkommen suchen zu können, dort verbleibt, mit seiner Arbeitskraft den elterlichen Betrieb unterstützt und dagegen alles, was er für das Leben bedarf . . von den Eltern bekommt."[127]) Diese Feststellung wäre in solcher Allgemeinheit heute abzulehnen. Gerade der Umstand, daß ein erwachsenes Kind außerhalb des Elternhauses eine vielleicht einträgliche Stellung einnehmen könnte, die ihm Lohn und Kost gewährt, wird in vielen Fällen für die Annahme eines stillschweigenden Dienstvertrages zwischen Eltern und Kind sprechen. Diese Erwägung muß jedenfalls dann Platz greifen, wenn Kinder auf den Wunsch ihrer Eltern auswärtige Stellungen, z. B. als Hausangestellte oder Landwirtschaftsarbeiter, aufgeben, um ihre Arbeitskraft dem elterlichen Betriebe zur Verfügung zu stellen. Mit Recht hebt das Bayerische Oberste Landesgericht[128]) in einem solchen Falle hervor, „daß die Widerkläger, die eine selbständige Stellung erlangt und eigenes Vermögen erworben hatten, ihre Stellungen nicht verlassen haben würden, um den Eltern Dienste zu leisten, wenn ihnen nicht eine die Gewährung des Unterhalts übersteigende Gegenleistung versprochen worden wäre. Daß die Widerkläger, die in fremden Diensten ihren Vorteil zu wahren gelernt hatten, sich durch unbestimmte und unverbindliche Ver-

124) a. a. O. Anm. 3 zu § 1617.
125) Goldmann-Lilienthal, S. 239, Anm. 31.
126) Enneccerus, § 76, III, 4.
127) RG. 25. II. 1881, RGZ. 4, 116 ff.
128) Entscheidung vom 17. III. 1905, Bay.Ob.LGZ. 6, 173 ff.

sprechungen hätten bestimmen lassen, widerspreche der Lebenserfahrung ... Der Einwand, daß die Eltern im Falle der Zusicherung eines angemessenen Lohnes keinen Vorteil davon gehabt haben würden, daß sie die Kinder auf das Anwesen kommen ließen, statt Dienstboten einzustellen, übersehe, daß die Eltern von den Kindern bessere Dienste als von fremden Leuten erwarten konnten, daß das für ihre Dienste Aufzuwendende in der Familie blieb und die Vergütung von den Eltern, denen wenig Barmittel zu Gebote standen, nicht in kurzen Fristen, sondern erst nach Beendigung der gemeinschaftlichen Bewirtschaftung des Anwesens zu leisten war."[129])

In einem ähnlichen Falle bemerkt in neuerer Zeit das RG.[130]), es müsse nach der Gesamtheit der klagebegründenden Tatsachen von Amts wegen geprüft werden, ob nicht schon ohne ausdrückliche Vereinbarung, Versprechen oder Anerkenntnis ein Lohnanspruch bestand, denn „daß die Klägerin im Hause ihres Vaters tätig war, schließt einen Anspruch auf Vergütung keineswegs aus, auch wenn eine solche nicht ausdrücklich vereinbart war. Es kommt immer auf die Umstände an, unter denen eine solche Tätigkeit stattfindet. Die Klägerin hat aber ... nicht nur als erwachsene Person über 30 Jahre ihre ganze Tätigkeit im väterlichen Betriebe eingesetzt und dafür außer dem Unterhalt ... nichts erhalten, sondern sie ist auch, was besonders wichtig ist, von ihrem Vater zurückgerufen worden, nachdem sie, um für ihr Fortkommen zu sorgen, fortgegangen war." Es wird daher ein stillschweigend abgeschlossener Dienstvertrag angenommen.

Nicht immer finden sich in diesem Punkte erfreuliche Entscheidungen. Charakteristisch ist z. B. folgendes Urteil des OLG. Breslau vom 7. III. 1918[131]): Die klagenden Erben hatten Vergütungsansprüche ihres Erblassers geltend gemacht und die Klage darauf gestützt, daß die Beklagte die Überlassung eines bestimmten Grundstückes als Vergütung für die Dienste des Erblassers „in Aussicht getellt habe". Das Urteil führt aus: „Ein Abkommen dieses Inhalts wäre bei Mangel der in § 313 vorgeschriebenen Form ungültig. Es bestand demnach zwischen dem Erblasser der Kläger und der Beklagten kein rechtsgültiger Dienstvertrag im Sinne des § 611 und also auch für Beklagte keine Verpflichtung zur Gewährung einer vereinbarten Vergütung. Von der stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung (§ 612 I) kann nicht die Rede sein, weil bei den Voraussetzungen des § 1617 eine Vergütung nicht zu erwarten war. Der Anspruch auf eine angemessene Vergütung (§ 612 II) hat wiederum einen Dienstvertrag zur Voraussetzung, bei dem nur die

---

129) Wenn die Vergütung erst für den Schluß der Dienstleistungen versprochen ist, so beginnt die Verjährung der Vergütungsansprüche auch erst mit diesem Zeitpunkt. Siehe S. 179 der Entscheidung.

130) Entscheidung vom 10. 7. 1919 Bay.Z. 1919, S. 421.

131) OLG. 36, 206 f.

Höhe der Vergütung nicht bestimmt ist. Ein gültiger Vertrag liegt indes nicht vor. Der Anspruch der Kläger auf Vergütung der Dienstleistung ihres Erblassers ist hiernach nicht begründet." Von diesen Schlußfolgerungen ist nur die eine unbedingt richtig, daß die Abmachung über die Überlassung des Grundstücks wegen Formmangels nichtig war. Die Behauptung, daß von der stillschweigenden Vereinbarung einer Vergütung bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1617 keine Rede sein könne, ist in dieser Allgemeinheit nicht richtig, aber für den vorliegenden Fall unwesentlich. Unbestrittenerweise lag nämlich hier der nichtigen Abmachung über die Grundstücksüberlassung ein entgeltlicher Dienstvertrag zugrunde. Die Verabredung über die Art des Entgelts bildete nur einen Teil dieses Vertrages. Nun wird zwar nach § 139 vermutet, daß die Nichtigkeit eines Teiles des Rechtsgeschäfts die Nichtigkeit des ganzen Rechtsgeschäfts nach sich zieht. Dies soll aber nicht gelten, wenn anzunehmen ist, daß die Parteien das Geschäft auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen haben würden. Ein solcher Fall liegt hier augenscheinlich vor. Wenn die Mutter ihren Sohn für seine Dienstleistungen entschädigen wollte und ihm aus diesem Grunde ein bestimmtes Grundstück in Aussicht gestellt hatte, so liegt der Schwerpunkt dieses Rechtsgeschäfts doch wohl in dem Willen der Beteiligten, die Dienste nicht mehr unentgeltlich zu leisten und zu empfangen. Es kann bei einer solchen Sachlage nicht angenommen werden, daß die Parteien den ganzen Dienstvertrag nur in Verbindung mit dem nichtigen Abkommen über die Grundstücksüberlassung gewollt hätten.[132]) Daran würde selbst der Umstand nichts ändern, daß der Sohn vielleicht gerade auf dieses Grundstück großen Wert legte,[133]) denn letzten Endes ist die Form der Vergütung, von besonderen Fällen abgesehen, gegenüber der Tatsache der Vergütung unwesentlich. Es muß befremdlich erscheinen, daß diese Erwägungen in der Entscheidung überhaupt nicht auftauchen. Da es sich um eine Ausnahme von § 139 handelt, wären an sich nach allgemeinen Beweisregeln die Kläger für den Fortbestand des Vertrages beweispflichtig gewesen; der Beweis dürfte ihnen aber kaum schwer gefallen sein. Offenbar hat man diese Möglichkeit einfach übersehen und ist so zu einem denkbarst unbilligen Resultat gekommen. Denn selbst wenn man voraussetzt, daß die gesetzliche Formvorschrift der Beklagten erst nachträglich bekannt geworden war, so liegt doch der Verdacht sehr nahe, daß ihr der Mangel nur ein willkommener Grund war,

---

132) Vgl. RG. 7. X. 1927, RGZ. 118, 171 ff.; RG. 8. XII. 1927, RGZ. 119, 211 ff.

133) Staudinger, 1. Bd. Anm. 4 zu § 139. Vgl ferner RG. 1. VI. 1923, RGZ. 107, 40 f.: Die Regel des § 139 kann selbst dann fortfallen, „wenn die eine oder andere Partei dem nichtigen Teil des Vertrages eine gewisse, nicht unerhebliche, jedoch nicht entscheidende Bedeutung beilegte und sich demgemäß auch bemühte, die andere Vertragspartei zur Annahme dieses Vertragsteils zu bestimmen."

von der übernommenen Entgeltverpflichtung loszukommen. Es ist deshalb unverständlich, daß man die naheliegende Handhabe, die das Gesetz selbst für solche Fälle im Interesse der Billigkeit bietet, einfach unbeachtet gelassen hat, zumal eine Bereicherungklage nicht nur umständlich, sondern vor allem auch wegen der Vorschrift des § 818 III unsicher ist. Den Klägern hätte eine angemessene Vergütung für die Dienstleistungen ihres Erblassers nicht versagt werden dürfen (612 II).

d) Die praktische Bedeutung der Verträge zwischen Eltern und Kind zeigt sich vor allem bei der Erbteilung und im Konkurse. Doch sind sie auch für das Steuerrecht von Wichtigkeit. Nach § 15 Nr. 3 Eink.St.Ges. sind Aufwendungen zur Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht vom Einkommen des Haushaltungsvorstandes nicht abzugsfähig. Arbeitet das Kind aber auf Grund eines Dienstvertrages im elterlichen Hauswesen oder Geschäft, so ist es mit dem daraus herrührenden Einkommen selbständig zu veranlagen, während die Aufwendung als Arbeitslohn vom Einkommen der Eltern abgezogen werden kann. Die Rechtsprechung in Steuersachen erkennt die Möglichkeit entgeltlicher Verträge zwischen Eltern und Kind durchaus an[134]) und betont, daß in solchen Fällen selbst aus der Absicht der Steuerersparung kein Grund für die Annahme eines Scheinvertrages entnommen werden kann.[135]) Beträge, die dem Kinde in belohnender Absicht für gesetzlich geschuldete Dienste von den Eltern gewährt werden, fallen unter den Schenkungsbegriff des § 3 Erbsch.St.Ges. und unterliegen daher der Erbschaftssteuer. (§ 1 Nr. 2 Erb.St.Ges.).[136])

Auch für das Gebiet des Arbeitsrechts sind Verträge zwischen Eltern und Kind von Bedeutung. Familienangehörige, die auf Grund gesetzlicher Verpflichtung im Betriebe des Arbeitgebers tätig sind, zählen nicht zu den Arbeitnehmern im Sinne des A.G.G. Dies ändert sich jedoch, wenn über die Dienstleistungen ein Vertrag abgeschlossen worden ist. In diesem Falle stehen sich Eltern und Kind als Arbeitgeber und Arbeitnehmer gegenüber, und falls sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt, sind alle Vorschriften des A.G.G. auf sie anwendbar.[137])

Gegen Entgelt beschäftigte Kinder müssen ferner gegen Krankheit versichert werden. Dagegen sind Familienangehörige des

---

134) Pr.OVG. 19. I. 1905, DJZ. 1905, S. 821; Sächs. OVG. 21. III. 1906, DJZ. 1906. 1033; Pr.OVG. 28. II. 1907, DJZ. 1908, 431; Pr.OVG. 4. X. 1911, DJZ. 12, 351; RFH. 20. XII. 1921, RFH. 8, 146 ff.; RFH. 6. V. 1924, RFH. 13, 285 f. Vgl. Mirre, a. a. O. 841 ff. Pissel, a. a. O. 42 ff.

135) Pr.OVG. 25 I. 1906, DJZ. 1906, 1154

136) RFH. 19. IX. 1923, DJZ. 1924, 399.

137) Hueck-Nipperdey, S. 43 f.; Kaskel, S. 30; siehe auch das Urteil des Arb. Ger. Eisleben vom 29. IX. 1927, „Das Arbeitsgericht" 1927, S. 370 ff.

Arbeitgebers, die ohne eigentliches Arbeitsverhältnis und ohne Entgelt in seinem Betriebe tätig sind, nicht versicherungspflichtig. Sie können aber nach § 176 Nr. 2 RVO. der Versicherung unter gewissen Voraussetzungen freiwillig beitreten.[138])

VII.

Das Recht der Eltern auf die Dienstleistungen ihrer Kinder ist nicht nur diesen selbst gegenüber geschützt,[139]) es ist vor allem gegen unerlaubte Eingriffe Dritter gesichert. Nach § 845[140]) hat im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit und im Falle der Freiheitsentziehung der Ersatzpflichtige den dienstberechtigten Eltern eines verletzten Hauskindes durch Entrichtung einer Geldrente Ersatz für die entgehenden Dienste zu leisten.[141]) Dieser Anspruch der mittelbar geschädigten Eltern kann neben dem Ersatzanspruch des unmittelbar geschädigten Kindes treten. Wenn ein Kind etwa teilweise im elterlichen Hauswesen oder Geschäft arbeitet, teilweise aber durch Arbeit bei Dritten „freies" Vermögen erwarb, so sind die Eltern für die entgehenden häuslichen Dienste, das Kind für die Kur- und Pflegekosten[142]) und für den entgehenden eigenen Arbeitserwerb zu entschädigen. Soweit die Eltern Ersatz verlangen können, fallen Ansprüche des Kindes fort, denn selbstverständlich kann für denselben Schaden nicht doppelt Ersatz gefordert werden.[143])

Der Anspruch der Eltern besteht nur, soweit sie wirklich einen Schaden erlitten haben. War daher ein Kind schon seit längerer Zeit vom Hause fortgegeben und bestand keine Aussicht auf Rückkehr, so sind die Eltern bei Verletzung des Kindes in ihrem Dienstrecht für die Zukunft nicht geschädigt. Zwar ist der Gewalthaber berechtigt, ein minderjähriges Kind jederzeit in sein Haus zurückzuneh-

---

138) Vgl. auch § 174 Nr. 1 RVO.
139) Siehe oben unter V.
140) § 1617 spricht von dem „Geschäft" der Eltern, § 845 dagegen vom „Gewerbe" des Geschädigten. Dieser Unterschied ist rechtlich belanglos. Vgl. Staudinger, Anm. 10 zu § 1617; Opet, S. 133 Anm. 17.
141) Nach geltendem Recht sind nur die ehelichen Eltern, die Adoptiveltern (§ 1775) und die uneheliche Mutter (§ 1705) dienstberechtigt und daher zu Schadensersatzansprüchen gemäß § 845 legitimiert. Vgl. dagegen die interessante Entscheidung des OG. Wolfenbüttel vom 20. u. 21. IX. 1868 (Seuff. Arch. 24, Nr. 116), in der die actio legis Aquiliae utilis in analoger Ausdehnung auch für den Stiefvater in seiner Eigenschaft als Interimswirt wegen Verletzung des Anerben zugelassen wird.
142) Nach § 843 IV kann sich der Ersatzpflichtige nicht darauf berufen, daß ein Anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat, denn diese Unterhaltspflicht tritt nur subsidiär ein. Vgl. Endemann, § 192, Anm. 45, RG. 11. II. 1890, RGZ. 25, 49 ff.; RG. 28. I. 1901, JW. 1901, 142, 11.
143) RG. 26. XI. 1900, RGZ. 47, 84 ff.; RG. 23. IV. 1906, RGZ. 63, 195 ff.

men, „aber dies genügt zur Begründung seines Anspruchs nicht, vielmehr kommt es darauf an, ob er unter den obwaltenden Umständen von seiner Befugnis in absehbarer Zeit Gebrauch gemacht hätte".[144])

Der Ersatzanspruch der Eltern ist ferner zeitlich begrenzt, denn er kann nur solange geltend gemacht werden, als die Dienstpflicht des Kindes voraussichtlich fortbestanden haben würde. Im Streitfall ist hierüber durch Feststellungsurteil zu entscheiden. Für die Zeit nach Erlöschen der elterlichen Ansprüche tritt evt. der Anspruch des geschädigten Kindes selbst wegen Aufhebung oder Minderung seiner Erwerbsfähigkeit oder Vermehrung seiner Bedürfnisse (§ 834) in Kraft.[145])

VIII.

Die rechtliche Natur des Anspruchs aus § 1617 ist bei einem zusammenfassenden Rückblick auf die Voraussetzungen und Auswirkungen des elterlichen Dienstrechts leicht zu erkennen. Zunächst fällt dabei ins Auge, daß es sich um ein höchstpersönliches Familienrecht handelt, das unübertragbar und unvererblich ist.[146]) Nur gegenüber den Eltern und nur in ihrem Hauswesen und Geschäfte ist das Kind zu entsprechenden Dienstleistungen verpflichtet. Dritte Personen können zwar zur Mithilfe am Erziehungswerk berufen und daher befugt sein, das Kind in bestimmtem Umfange zur Arbeit anzuhalten. Dieses Recht ist aber pädagogisch begrenzt; es trägt keinen Selbstzweck in sich, sondern besteht nur im Interesse des Kindes. Den Eltern dagegen ist ein selbständiges und eigennütziges Recht auf die Arbeit ihrer Kinder gegeben, das zwar mit dem Erziehungsrecht zusammenhängt, aber nicht davon abhängig ist, sondern auch in Verbindung mit der rein materiellen Tatsache der Unterhaltsgewährung seine volle Wirksamkeit entfaltet. Unerläßliche Bedingung ist nur das Kindschaftsverhältnis, und zwar in der nach außen hin betonten Form der Zugehörigkeit zum elterlichen Hausstande. Die unentgeltliche Dienstpflicht soll in wirtschaftlicher und ethischer Hinsicht ausschließlich der eigentlichen und engsten Familie des Kindes zugutekommen. Als natürliche Begründer und Leiter der Familie sind die Eltern die gegebenen Persönlichkeiten zur Ausübung des Dienstrechts, das ihnen letzten Endes weniger in ihrem eigenen Interesse als im Interesse des über ihnen stehenden Familienverbandes anvertraut wird. Das Dienstrecht würde sich, sachenrechtlich gesehen, nicht als Eigentum, sondern als Nießbrauch der Eltern an der Arbeitskraft ihrer Kinder darstellen. Daraus folgt,

144) OLG. Posen, 13. II. 1903, OLG. IX, 49.
145) RG. 23. III. 1905, JW. 1905, 341, 12. Vgl. auch § 3a Haftpflicht-Gesetz und dazu RG. 1. III. 1906, JW. 1906, 236, 23; RG. 11. IV. 1907, JW. 1907, 340,25.
146) Staudinger, Anm. 9; Opet-Blume, Anm. VII zu § 1617.

daß Unübertragbarkeit und Unvererblichkeit Begriffsmerkmale dieses Rechts sind. Es ergeben sich daraus aber auch die Schranken der kindlichen Verpflichtung in physischer und sozialer Hinsicht.

Die Natur des Dienstrechts schließt ferner die Möglichkeit der Verjährung aus (§ 194 II), denn solange die Voraussetzungen der Dienstpflicht vorliegen, entsteht in jedem Augenblick ein neuer Anspruch der Eltern auf Verwirklichung ihres Rechts.[147]) — Von großer praktischer Bedeutung ist schließlich die Frage, ob die Vorschrift des § 1617 zwingendes oder nachgiebiges Recht enthält. An sich spricht die Vermutung im Gebiete des Familienrechts für den zwingenden Charakter der einzelnen Vorschriften. Auch das elterliche Dienstrecht wird von vielen Seiten für unverzichtbar erklärt.[148]) Diese Ansicht dürfte aber nur teilweise zutreffen.

Man muß sich allerdings hüten, naheliegende wirtschaftliche Argumente für oder gegen die Verzichtbarkeit dieses Rechts ins Feld zu führen, denn „was gesetzwidrig ist, kann nicht dadurch zulässig werden, daß es wirtschaftlich nützlich oder geboten erscheint."[149]) Ausschlaggebend ist vielmehr der rechtliche Zweck jeder einzelnen Bestimmung, und hiervon ausgehend ergibt sich im Falle des § 1617, daß die Möglichkeit des Verzichts davon abhängt, ob sich die Dienstpflicht auf Erziehung oder auf Unterhaltsgewährung gründet. Das Erziehungsrecht ist unverzichtbar, weil es gleichzeitig eine Erziehungspflicht bedeutet. Nun ist das Dienstrecht der Eltern zwar nicht „Ausfluß des Erziehungsrechts",[150]) aber es ist doch sehr eng mit ihm verbunden und hat wenigstens zum Teil denselben Endzweck. Daher würde hier ein Verzicht der Eltern auf die Dienste ihres Kindes der ratio legis nicht entsprechen und demnach unzulässig sein. Ist ein Dienstvertrag zwischen Eltern und minderjährigem Kind abgeschlossen, so besteht die gesetzliche Dienstpflicht neben der Vertragspflicht weiter und tritt bei deren Beendigung automatisch in altem Umfange wieder ein.

Anders liegt der Fall bei volljährigen Kindern, die nur auf Grund der elterlichen Unterhaltsgewährung dienstpflichtig sind. Hier spricht kein Grund für die Unverzichtbarkeit des Dienstrechts, insbesondere auch nicht Rücksichten des allgemeinen Wohls oder sittliche Anschauung,[151]) die z. B. für die Vorschrift des § 1614 I maßgebend waren. Es geht nicht an, mit Opet[152]) aus der Unverzichtbarkeit des Unterhaltsanspruches die Unverzichtbarkeit des Dienst-

147) Planck, Anm. 2 zu § 194; Staudinger, Anm. 9 zu § 1617; Endemann, S. 537, Anm. 16.
148) Staudinger, Anm. 8; Planck, Anm. 7 zu § 1617; Opet, S. 132; a. A.: Opet-Blume, Anm. VI.
149) RG. 20. II. 1923, RGZ. 107, 169.
150) Goldmann-Lilienthal, S. 239, Anm. 28;
151) Böckel, a. a. O. S. 1139.
152) a. a. O., S. 132.

rechts herzuleiten, denn die beiden Ansprüche sind grundverschieden: der Verzicht auf den Unterhalt trifft den Unterhaltsbedürftigen und im weiteren Verlaufe die Allgemeinheit,[153]) der Verzicht auf die Dienste volljähriger Hauskinder trifft nur die Eltern und die in ihnen verkörperte Familie. Das Gesetz erklärt daher in § 1614 I, daß auf den Unterhalt für die Zukunft nicht verzichtet werden kann, während eine solche Vorschrift für das Dienstrecht fehlt.[154]) Es ist also ganz in das Belieben der Eltern gestellt, ob sie aus irgendwelchen Gründen auf ihr Dienstrecht gegenüber volljährigen Kindern verzichten wollen.[155]) Nur wird man in der Annahme eines solchen Verzichts sehr vorsichtig sein müssen, weil er von weittragenden Folgen ist.

Das Dienstrecht ist also nicht grundsätzlich unverzichtbar, wohl aber als höchstpersönliches Recht unübertragbar und durch den Schutz gegen unerlaubte Eingriffe Dritter mit absoluter Wirkung ausgestattet.[156]) Es beruht zum großen Teil auf sittlicher und sozialer Grundlage, verleugnet aber diese soziale Tendenz in der prinzipiellen Ablehnung von Vergütungsansprüchen hausangehöriger Kinder. Dienstvertrag und Bereicherungsklage sind recht unvollkommene Mittel, um hier der Billigkeit zum Siege zu verhelfen; meistens scheitern sie, von der juristischen Seite ganz abgesehen, an der mangelhaften Rechtskenntnis des Volkes. Eine befriedigende Lösung ist allerdings schwer zu finden. Die beste dürfte wohl in der schon erwähnten Bestimmung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches[157]) liegen, daß mündigen Kindern mangels ausdrücklichem Verzichts eine angemessene Vergütung für häusliche Dienste zusteht. In der Dienstpflicht erwachsener Hauskinder tritt dadurch keine Änderung ein, aber es wird ihnen ein billiger Anspruch gegenüber den Eltern, den Geschwistern oder sonstigen Erben und gegenüber den Gläubigern der Eltern gesichert.

---

153) Mot. IV, 709.
154) Siehe Krüger, a. a. O. S. 767 ff.
155) So im Ergebnis auch Goldmann-Lilienthal, S. 239, Anm. 28.
156) Endemann, § 192, 5 d.
157) Art. 334.

Lebenslauf.

Ich bin geboren am 27. April 1906 zu Paderborn als Tochter des Oberbürgermeisters Plaßmann und seiner Frau Lilli geb. Hesse. Ostern 1926 erhielt ich das Reifezeugnis am Städt. Oberlyzeum zu Düsseldorf. Ich studierte Rechtswissenschaft an den Universitäten Köln, Freiburg i. Br., Münster und Marburg. Am 24. und 27. Juli 1929 bestand ich das Referendarexamen beim Oberlandesgericht Hamm i. Westf. und am 28. Juli 1930 die mündliche Doktorprüfung in Marburg. Zurzeit bin ich als Referendarin beim Landgericht Essen beschäftigt.